Zur Frage des Betriebsrisikos.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

Bayerischen

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Rolf Prym

aus Stolberg (Rheinland).

Approbiert: 28. Juli 1930.

1930

Buchdruckerei Karl Döres, Erlangen, Jägerstraße 3

Telefon 2521

30.979

Referent: Professor Dr. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einleitung 5

I. Die dogmatische Betrachtungsweise.

§ 1. Ueberblick über die Haupttheorien 6
§ 2. Versuch einer Feststellung des Vertragsinhaltes durch eine Generalregel 7
§ 3. Versuch der Feststellung des Vertragsinhaltes durch Auslegung des Parteiwillens 8
§ 4. Die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung oder nach dem Annahmeverzug des Arbeitgebers . . 10
§ 5. Die Lehre vom Leistungsverzug des Arbeitgebers . 22
§ 6. Sonstige Vorschläge zur Regelung auf schuldrechtlichem Wege 27
§ 7. Der außerschuldrechtliche Lösungsversuch: Die sogenannte Personenrechtstheorie 31
§ 8. Rückblick 33

III. Die soziologische Betrachtungsweise.

§ 9. Individualismus — Kollektivismus 34
§ 10. Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft; kritische Stellungnahme zu dem vom Reichsgericht bezw. Reichsarbeitsgericht verwerteten Begriff d. Betriebsverbundenheit 35

IV. Eigener Lösungsversuch.

1. Für die Frage des Teilstreiks.

§ 11. Begriff der Solidarität 45
§ 12. Umfang der Solidarität 46
§ 13. Auswirkung der Solidarität 49
§ 14. Grundsätzliches zur Frage der Rechtsfindung; ihre Zulässigkeit und Bedeutung für die Lösung . . . 50
§ 15. Versuch einer Eingliederung der gefundenen Lösung in das geltende Recht 53

2. Für die Frage der Katastrophe.

§ 16. Bestimmung des Begriffes der Katastrophe . . . 55
§ 17. Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus; §§ 157, 242 BGB. als formelle Handhabe 56
§ 18. Abwälzung des Betriebsrisikos vom Arbeitgeber mit Hilfe des Gedankens der „clausula rebus sic stantibus“ 59

I. Einleitung.

Die Frage nach der Tragung des Betriebsrisikos, insbesondere nach der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bei vorübergehenden Betriebsstockungen oder Betriebsstillegungen war zur Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches noch einfach, jedenfalls wurde sie als unkompliziert angesehen.

Das BGB. verarbeitete im Schuldrecht im wesentlichen das logisch entwickelte römisch-rechtliche System und betrachtete das Arbeitsrecht unter dem Gesichtspunkte des Dienstvertrages naturgemäß im Rahmen der geltenden Wirtschaftsordnung und Wirtschaftslehre. Sozialen Gedanken wurde im großen und ganzen nur soweit Raum gelassen, als die damalige Zeit Ansätze der sogenannten „patriarchalischen Sozialpolitik" zeigte. Im übrigen wurde das Recht des Dienstvertrages geschaffen in dem Gedanken, es sei Sache jedes Individuums, sich **im Rahmen des Vertragsrechtes** seine Rechtsstellung durch Abreden **selbst** zu schützen (individuelle Rechtsauffassung) und im Rahmen der gesetzlichen Normen dem Individuum weitgehende Freiheit zu lassen (liberale Tendenz des BGB.).

Schon vor dem Kriege zeigten sich Ansätze für die Betrachtungsweise, daß die liberal-individualistische Anschauungsweise der Wirklichkeit insofern nicht Rechnung trug, als das eine Individuum wirtschaftlich stark, das andere schwach war, und daß diese Inkongruenz die Freiheit des Individuums bei Vertragsschluß bis zur Unfreiheit einschränken konnte. Zur Beseitigung der Machtungleichheit entstanden Arbeitnehmerorganisationen, deren wirtschaftliche Macht durch politische Kraftzufuhr nach der Revolution außerordentlich wuchs, während im Gegensatz dazu die Machtsammlung der Arbeitgeber zurückging.

Diese Kontroversen führten zu einer völlig neugearteten Entstehung des Inhaltes der Arbeitsverträge. Damit trat auch das Problem des Betriebsrisikos, insbesondere der Lohnzahlung in die Erscheinung.

Die Untersuchung der Frage, ob der Lohnanspruch der Arbeitnehmers bei Betriebsstockungen, die weder vom Arbeitgebes noch vom Arbeitnehmer verschuldet sind, bestehen bleibt, hat

daher unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu erfolgen. Einmal sind die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu prüfen — diese Untersuchung sei die „dogmatische Betrachtungsweise“ genannt —. Zum anderen sollen die veränderten politisch-ökonomischen Verhältnisse in der „soziologischen Betrachtungsweise“, unabhängig von den Vorschriften des BGB., Berücksichtigung finden [1]).

II. Die dogmatische Betrachtungsweise.

§ 1. Überblick über die Haupttheorien.

Wenn der Arbeitnehmer auf Grund von Betriebsstörungen, die weder er noch der Arbeitnehmer verschuldet haben, der ihm obliegenden Vertragspflicht, seine Arbeit zu leisten, nicht nachkommen kann, wird der beiderseits gewollte Vertragszweck nicht erreicht. Der Vertrag ist „nicht erfüllt“.

Die Entscheidung der Frage, welche Rechtsfolgen die Nichterfüllung des Arbeitsvertrages nach sich zieht, hat man auf verschiedene Weise zu lösen versucht. Einmal wurde es auf den Inhalt des Arbeitsvertrages abgestellt. Es wurde untersucht, was unter Leistungspflicht im Sinne des Arbeitsvertrages zu verstehen ist:

1. Schuldet der Arbeitnehmer den Leistungserfolg, d.h. vollendete Arbeitsleistung, den durch seine Arbeitsleistung erzeugten Gegenstand?
2. Muß er nur die gesamten zum Leistungserfolg erforderlichen Leistungshandlungen vornehmen — m. a. W. kommt es hier nicht darauf an, ob der Erfolg seiner Arbeitsleistung eintritt?
3. Ist er nur verpflichtet, den ihm obliegenden Teil der Leistungshandlungen auszuführen im Gegensatz zu den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers [2]);
4. Oder ist der Arbeitnehmer nur verpflichtet, seine Arbeitsleistung anzubieten, gleichgültig, ob der Arbeitgeber sie annehmen will oder kann?

---

1) Hedemann (Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, S. 32 bezw. 200) macht eine Unterscheidung zwischen „zivilistischer und arbeitsrechtlicher“ Betrachtungsweise. — M. E. sind dies keine Gegensätze. Der Gegensatz ist in Wirklichkeit **„intra“** und **„extra“** legem.

2) Vgl. Oertmann, Arch. f. ziv. Pr., 116, 14.

Je nach Beantwortung dieser Fragen liegt Unmöglichkeit der Leistung seitens des Arbeitnehmers oder Annahmeverzug seitens des Arbeitgebers vor. Im ersteren Falle entfiele der Lohnanspruch des Arbeitnehmers (§ 323 BGB.), während bei Annahmeverzug des Arbeitgebers der Lohn gemäß (§§ 615, 324 Abs. 2 BGB. weiterzuzahlen wäre.

Zum anderen glaubten einige Wissenschaftler mit Hilfe der Bestimmung über den Leistungsverzug im Sinne der §§ 284 ff. BGB. zu einer zweckmäßigen Lösung zu kommen, indem man nicht von der Leistungspflicht des Arbeitnehmers, sondern von den Vertragspflichten des Arbeitgebers ausgegangen würde und dem Arbeitnehmer der Lohn nur bei Verschulden des Arbeitgebers zukommen sollte.

Ferner wurde vorgeschlagen, durch analoge Anwendung des § 616 BGB auf Grund des argumentum a maiore ad minus grundsätzlich eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers festzustellen. Weiterhin hat man zur Lösung des Problems den § 324 BGB. herangezogen und gesagt, daß der Arbeitgeber die Betriebsstörungen zu „vertreten" habe und daher der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bestehen bleibe.

Am Ende der „dogmatischen Betrachtungsweise" sei dann noch auf einen beachtlichen außerschuldrechtlichen Lösungsversuch, die sogenannte Personenrechtstheorie, hingewiesen.

§ 2. Versuch einer Feststellung des Vertragsinhaltes durch eine Generalregel.

Endemann[1]) will den Inhalt des Arbeitsvertrages durch eine Generalregel feststellen. Er ist der Ansicht, daß die Vergütung seitens des Arbeitgebers schon für die Bereithaltung der Arbeitskraft innerhalb einer bestimmten Zeit versprochen werde. Der Arbeitnehmer sei nur zur Arbeitsbereitschaft verpflichtet und habe demnach seine Vertragspflicht erfüllt, wenn er arbeitswillig und arbeitsfähig auf der Arbeitsstätte erscheine. Falls der Arbeitgeber die angebotene Leistung nicht annehmen wolle oder könne, so gerate er sofort in Gläubigerverzug. Keinesfalls liege eine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne der §§ 275, 323 ff. BGB. vor. Denn die Arbeitsleistung sei nur unmöglich, wenn der Arbeitnehmer seine Dienste nicht zur Verfügung stellen könne. Der Erfolg sei für den Begriff des Dienstvertrages nicht wesentlich. Diese Beweisführung wird allgemein abgelehnt[2]).

1) Endemann, Bd. I, S. 1091.
2) Lotmar, Bd. II, S. 275; Trautmann, S. 439; Rümelin, 1905, S. 280 und Joerges, 1929, S. 268.

Lotmar[1]) hält Endemann entgegen, daß seine Auffassung den gesetzlichen Bestimmungen nicht zu entnehmen sei; denn nach § 611 BGB. sei der Schuldner zur Leistung, nicht zur Bereitstellung der versprochenen Dienste verpflichtet, und nach § 614 sei die Vergütung **nach der** Leistung der Dienste zu entrichten.

Mithin genüge zur Vertragserfüllung kein passives Verhalten, das Bereitstellen der Arbeitskraft, vielmehr werde Aktivität, d. h. ein wirkliches Tätigwerden verlangt[2]). Damit wird zwar nicht die Begründung Endemanns, der Erfolg sei für den Begriff des Dienstvertrages nicht wesentlich, widerlegt. Endemanns Meinung — Arbeitswilligkeit und Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers schaffe immer Gläubigerverzug des Arbeitgebers — generalisiert zu stark, wie im einzelnen diese Arbeit noch zeigen wird.

§ 3. Versuch der Feststellung des Vertragsinhaltes durch Auslegung des Parteiwillens.

Planck, Enneccerus und Sigel[3]) wollen durch Auslegung des einzelnen Vertrages zu einem billigen Ergebnis gelangen. Eine einheitliche Regel über den Inhalt der Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers halten sie für unmöglich. Sigel glaubt, für die Feststellung des Vertragsinhaltes sei lediglich die Erforschung des Parteiwillens erforderlich. Die übrigen sind der Ansicht, daß zwar primär am Parteiwillen festzuhalten sei, daß aber auch subsidiär die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsvertrages herangezogen werden müssen, um zu einer alle strittigen Fälle umfassenden billigen Entscheidung zu kommen.

Sigel[4]) führt aus, da der Wille der Parteien den Ausschlag gebe, dürfe keine allgemeine Regel aufgestellt werden; denn vielfach habe der Dienstverpflichtete nicht nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, vielmehr sei kraft des Arbeitsvertrages, der stark wechselseitigen Inhalt habe, häufig die Arbeit nur in einer besonderen Form, z. B. an einer bestimmten Maschine versprochen. Jede Aufstellung allgemeiner Regeln widerspreche der Vielgestaltigkeit der in der Wirtschaft vorkommenden Arbeits-

1) a. a. O.; zustimmend Trautmann, Gruchot, 59, 434 ff.

2) Ebenso die Motive, II, S. 459 und 462 ff.

3) Enneccerus I, 2, § 367 IV 1 und 2. Sigel a. a O., S. 52. Planck 1928 zu § 615.

4) Sigel, a. a. O.

verträge und deshalb einem der wichtigsten Grundsätze des BGB., nämlich der Anerkennung des freien Vertragswillens der Parteien.

Groh [1]) folgt der Auffassung Sigels, indem er ebenfalls nur den wirklichen Parteiwillen für maßgeblich erklärt. Er bezeichnet den Begriff „Unmöglichkeit" als relativ [2]). Nach ihm läßt sich die Unmöglichkeit nur in Beziehung zur unmöglich gewordenen Verpflichtung ermitteln.

Entgegen der Endemannschen Generalregel wollen Sigel und Groh den Einzelfall mit allen Nebenumständen berücksichtigen, um den aus dem Vertragsinhalt objektiv erkennbaren Parteiwillen zu erfassen. Ebenso wollen Planck und Enneccerus [3]) dahin den Einzelfall untersuchen, wozu der Arbeitnehmer sich verpflichtet habe, ob er Arbeitskraft „im allgemeinen oder individualisiert an bestimmten Maschinen" zu leisten habe. Je nach Ausgang dieser Feststellung ist für sie bei Betriebsstockungen die dem Arbeitnehmer vertraglich obliegende Arbeitsleistung möglich bezw. unmöglich. Sie erklären dann dementsprechend § 323 bezw. den § 615 BGB. für anwendbar. Während Planck [4]) lehrt, der Auffassung des Lebens entspreche es mehr, daß der Arbeitnehmer von vorneherein die Arbeit nur in einer besonderen Form versprochen habe, ist Enneccerus [5]) der Ansicht, daß „im Zweifel", d. h. für den Fall nicht klarer Erkennbarkeit des Parteiwillens, nicht eine individuell bestimmte Arbeit geleistet werden soll. Er nähert sich also der Generalregel Endemanns.

Nach Staudinger [6]) fällt subsidiär alles das ins Gewicht, was zur konkreten Frage die Natur der in Rede stehenden Dienstleistungen und ganz besonders eine etwa einschlägige Verkehrssitte an die Hand geben. Da die Dienstverträge so tief ins tägliche Leben in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht eingriffen, so müßten sie **in besonderem Maße nach dem Prinzip von Treu und Glauben in spezifisch-sozialer Prägung mit Rücksicht auf die Lebensverhältnisse** aufgefaßt und gehandhabt werden. Dabei käme vielfach die soziale Lage beider Teile, nicht minder unter Umständen auch die Größe der Vergütung, soweit sie auf Qualität der Leistung hindeuten werde, in Betracht.

Das Ergebnis der bisherigen wissenschaftlichen Betrachtung zur Frage der Lohnzahlung bei Betriebsstockung ist also, daß Endemann **vereinzelt** eine allgemeine für alle Arbeitsverträge

---

1) Groh, a. a. O., S. 167.
2) Vgl. Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung, S. 12.
3) Enneccerus, I, 2, § 367, IV, 1 und 2.
4) a. a. O. zu § 615.
5) a. a. O.
6) Komm. z. BGB. 1928, zu § 611, V.

geltende Regel findet, während die **Mehrheit geschlossen** diese Möglichkeit einer Generalregel verneint und mit Variationen die Entscheidung im Einzelfall durch Auslegung der Verträge finden will und sich auf Aufstellung von Auslegungsregeln beschränkt.

Mit diesem Verzicht auf eine **generelle** Lösung ist im Endergebnis nichts gewonnen, weil man zwar einen einheitlichen Tatbestand anerkannt hat, die juristische Begründung aber einheitlich nicht gestalten zu können glaubt, weil die Frage der Lohnzahlung bei Betriebsstockung jeweils in ihrer Verflechtung mit dem wechselnden Inhalt des Arbeitsvertrages auch verschieden zu beurteilen sei. Diese resignierende Haltung von Planck und den übrigen Autoren ist nicht überzeugend. Mag auch in der Praxis jeder Arbeitsvertrag gegenüber anderen Modifikationen zeigen, so muß es doch für die bei der Abwicklung jedes Arbeitsvertrages **generell eintretenden** Ereignisse eine einheitliche, rechtliche Bewertung geben, falls man nicht eine Unzulänglichkeit des geltenden Rechts annehmen will.

Tatsächlich ist die **einheitliche Lösung** aus dem **geltenden** Gesetz möglich. Zwar ist der Ansicht Sigels zuzustimmen, daß bei Feststellungen des Vertragsinhaltes der Parteiwille maßgebend sein soll. Das schließt jedoch nicht aus, daß für alle anläßlich von Betriebsstörungen entstandenen Streitigkeiten auch eine weniger weitgefaßte Lösung zu finden ist. Die von Planck und Enneccerus gefundene Antwort, durch Auslegung des einzelnen Arbeitsvertrages alternativ zur Anwendung des § 323 oder des § 615 BGB. zu kommen, läßt die Frage der **Erkennbarkeit** des Vertragsinhaltes offen.

In sehr vielen Fällen werden die Parteien bei Abschluß des Arbeitsvertrages gar nicht an eine Betriebsstockung gedacht haben, so daß sie eine Klärung der sich hieran anknüpfenden Rechtsfrage, ob die Arbeitskraft generell oder individualisiert an bestimmten Maschinen geschuldet wird, nicht besonders in ihren Vereinbarungen vorgenommen haben.

§ 4. Die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung oder nach dem Annahmeverzug des Arbeitgebers.

Ehe durch Auslegung eine Lösung alternativ nach den §§ 323 und 615 BGB. gewonnen werden kann, muß zunächst geprüft werden, ob und wie mit den Begriffen der Unmöglichkeit der Leistung und des Annahmeverzugs dem Problem überhaupt näher zu kommen ist.

Es ist zu fragen: ist dem Arbeitnehmer infolge der Betriebsstörung die ihm vertraglich obliegende Leistung unmöglich geworden; oder bleibt sie dennoch noch möglich, und kann oder will der Arbeitgeber die ordnungsmäßig angebotene, **mögliche** Leistung nur nicht annehmen?

Unbestritten ist heute die Ansicht, daß Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug nicht nebeneinander bestehen können, sondern daß sie sich vielmehr begrifflich ausschließen[1]).

Gemäß § 297 BGB. muß der Arbeitnehmer zur Zeit des Annahmeverzuges des Arbeitgebers imstande sein, seiner ihm obliegenden Arbeitspflicht nachzukommen. Ist dies nicht der Fall, so ist das Angebot ein leerer Schein[2]).

Die in Theorie und Praxis unterschiedliche Auffassung, wie weit die Leistungspflicht des Arbeitnehmers geht, erklärt sich daraus, daß die Begriffe „Unmöglichkeit der Leistung" und „Annahmeverzug" nicht eindeutig festgelegt sind. Es wird vielmehr einmal der Begriff der „Unmöglichkeit der Leistung" weiter gefaßt, ein anderes Mal wird er wiederum zu Gunsten des Begriffes „Annahmeverzug" eingeschränkt.

Lotmar[3]) sucht zu einer Entscheidung zu kommen durch Erweiterung des Begriffes „Unmöglichkeit der Leistung" und Einengung des Begriffes „Annahmeverzug". Er geht vom Wortlaut des § 293 BGB. aus und setzt die Worte „nicht annimmt" der Ablehnung der angebotenen Leistung gleich. Es liegt daher nach Lotmar Annahmeverzug nur dann vor, wenn der Arbeitgeber die ihm angebotene mögliche Arbeitsleistung **aus freiem Willensentschluß** ablehnt. In allen anderen Fällen liegt nach Lotmar eine Unmöglichkeit der Leistung vor, so daß dem Arbeitnehmer kein Lohnanspruch zusteht, wenn der Arbeitgeber zwar die Arbeitsleistung annehmen will, aber es infolge einer Betriebsstörung nicht vermag. Dieser Vorschlag Lotmars zur Lösung des Problemes durch weite Auslegung der Worte „nicht annimmt" in § 293 BGB. erklärt sich nur als ein logischer Ausbau seines Gesetzes von der Proportionalität des Zeitlohnes[4]). Er hat nirgends Anklang gefunden[5]).

---

1) Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht, 1900, S. 22; Trautmann, a. a. O., S. 436 und 458; Lotmar. a a. O., II, S. 283; Enneccerus, a. a O., I, 2, S. 156; Planck, Komm. z. BGB. zu § 295, 6; Staudinger, a. a. O., zu § 615 II, 2a; Oertmann, a. a. O., S. 2; Hueck, JW. 1923, S. 381, Sp. 1; Hedemann, a. a. O., Anm. 27; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1928, S. 197, Anm. 37.

2) Staudinger, a. a. O. zu § 297.

3) Lotmar Bd. II, S. 275.

4) Lotmar, II, S. 119.

5) So Trautmann a. a. O., S. 447.

Titze[1]), der schon früh zu diesem Problem Stellung genommen hatte, versuchte durch ein näheres Eingehen auf die Unmöglichkeit der Leistung eine Klärung und Abgrenzung zwischen den beiden strittigen Begriffen zu erhalten. Nach ihm waren, falls jemand zur Leistung einer Tätigkeit verpflichtet war, für die Bewirkung der Leistung, d. h. für die Erfüllung, zwei Voraussetzungen erforderlich: die Person des Schuldners — subjektive Voraussetzung — und ein Stück der Außenwelt, die Arbeitsräumlichkeit oder das Arbeitssubstrat — objektive Voraussetzung —. Da beide Voraussetzungen nach ihm gleichwertig waren, mußte es nach ihm und der damaligen herrschenden Lehre[2]) „für den Begriff der unmöglichen Leistung gleichgültig sein, ob der Leistungseffekt wegen Versagens der Person des Schuldners oder wegen Versagens des Tätigkeitssubstrates ausblieb".

Titze war daher der Ansicht, daß unter Leistung in § 323 BGB. die **Gesamtheit der Leistungshandlungen** zu verstehen, daß daher beim Fehlen der Substrate trotz der subjektiven Voraussetzungen die Erfüllung der dem Arbeitnehmer obliegenden Leistungspflicht unmöglich sei und somit sein Lohnanspruch gemäß § 323 BGB. entfalle.

Die Ausführungen Titzes entsprachen lange Zeit der Ansicht der herrschenden Lehre. Sie führten zum Ergebnis, daß das Betriebsrisiko grundsätzlich **beim Arbeitnehmer** lag. Mit dem Vordringen der sozialen Ideen wurde eine solche Entscheidung als unbillig empfunden. Man versuchte daher den vom Gesetzgeber in den §§ 323, 615 BGB. gegebenen Richtlinien eine andere Bedeutung beizumessen.

In diesem Zusammenhange sei auf die Ausführungen von Kohler[3]) hingewiesen, daß bei Betriebsstörungen — d. h. bei Wegfall bezw. bei Untauglichwerden der Arbeitssubstrate — die hindernden Umstände im Bereiche des Annahmewirkens des Arbeitgebers entstehen und sich in den Bereich des Leistungswirkens des Arbeitnehmers hinüber erstrecken würden. Der Arbeitgeber dürfe daher seinen Annahmeverzug nicht mit der Begründung ablehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht die Möglichkeit

---

1) Ebenso Oertmann, Komm. z. BGB. 1910 zu § 293 und Dernburg 1903 a. a. O.; später jedoch Oertmann ablehnend, Komm. z. BGB. 1923 zu § 293.

2) So heute noch Planck, a. a. O. zu § 615, 3 a; RGR. Komm. zu § 615, 2; Karger. DJZ. 1910, Sp. 710 und **besonders** Staudinger, a. a. O. 1928, zu § 611, II, 2 b γ; Lotmar a. a. O., II, § 75; Rümelin, Der Dienstvertrag. — Seinerzeit auch Oertmann, Komm. z. BGB. 1910 zu § 293.

3) Kohler, a. a. O., S. 149 ff., besonders S. 200.

hätte, den Vertrag zu erfüllen. Kohler erkennt, daß es bei Durchführung der Titzeschen Formel zu Unbilligkeiten kommen kann. Seine Begründung, mit der er Titze entgegentritt, ist aber nicht haltbar, da er Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung nebeneinander bestehen läßt[1]). Er sagt, zum Annahmeverzug sei Verschulden nicht erforderlich, also komme die Fabrik in Verzug, auch wenn die Leistung der Arbeitnehmer unmöglich sei[2]).

Erst Trautmann[3]) brachte im Jahre 1915 gelegentlich der Untersuchung, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Hinweis auf die Unmöglichkeit der Leistung der versprochenen Dienste ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassen könne, einen beachtlichen Vorschlag, indem er auf die Begriffsabgrenzung zwischen „Unmöglichkeit der Leistung“ und „Annahmeverzug“ näher einging[4]).

Trautmann weist darauf hin, daß Titze und die damalige herrschende Lehre fälschlicherweise die Begriffe Leistung und Erfüllung gleichgesetzt haben. Trautmann stellt fest, daß bei zufälliger Unmöglichkeit der Schaden auf beide Parteien abgewälzt werde, da beide Parteien gemäß §§ 275, 323 BGB. frei würden. Dies sei eine Ausnahme vom Satze „casum sentit dominus“. Es sei daher ersichtlich, daß der Gesetzgeber sich bemühe, die Leistungspflicht des Schuldners zu mildern. Beim Gläubigerverzug wolle dagegen der Gesetzgeber eine Unmöglichkeit der Mitwirkungshandlung des Gläubigers auf keinen Fall dem Schuldner aufbürden, zwar müsse der Schuldner noch leisten, der Gläubiger aber trage jetzt allein die Gefahr.

Fortfahrend weist er darauf hin, daß § 294 BGB. nur in dem Sinne zu lesen sei, daß die Leistung **nur so,** wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden müsse. Sei daher der Gläubiger nach dem Inhalte des Vertrages zu Mitwirkungshandlungen verpflichtet, so sei der Schuldner zwecks Erfüllung des Schuldverhältnisses nur zu der ihm vertragsmäßig obliegenden Leistung verpflichtet. Würde man verlangen, daß neben der Möglichkeit der schuldnerischen Leistung auch die Mitwirkungshandlung des Gläubigers möglich sei, so verlangte man mehr, als das Gesetz vorschriebe; man verlangte die Möglichkeit der Bewirkung der schuldnerischen Leistung, d. h. die Möglichkeit der Erfüllung des ganzen Schuldverhältnisses.

Trautmann weist bei der Unterscheidung von Leistung und Erfüllung auf die §§ 87 und 723 BGB. hin. Seinen Ausführungen

1) Vgl. die herrschende Ansicht in Anm. 1 auf S. 11 dieser Arbeit.
2) Kohler a. a. O.. S. 254.
3) Trautmann a. a. O. S. 434 ff.
4) Trautmann. a. a. O., S. 451.

ist zuzustimmen. Der Unterschied in den Begriffen Leistung und Erfüllung kann auch aus folgendem ersichtlich werden. Gemäß § 362 BGB. erlischt ein Schuldverhältnis, d. h. es tritt Erfüllung ein, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Erfüllung ist also Bewirkung der geschuldeten Leistung. § 611 BGB. spricht aber nur von der Leistung der versprochenen Dienste. Ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber dem § 611 BGB. den Wortlaut des § 362 BGB. gegeben hätte, wenn er dem Arbeitnehmer eine Leistungspflicht in Titzeschem Sinne hätte aufbürden wollen? Denn vom Bewirken der Leistung, d. h. von Erfüllung spricht der Gesetzgeber nur dann, wenn auch tatsächlich Leistung und Erfüllung zusammenfallen. Daß dies aber nicht immer der Fall zu sein braucht, beweist der § 243 Abs. 2 BGB. Nach ihm beschränkt sich, falls der Schuldner das zur Leistung einer Sache seinerseits Erforderliche getan hat, das Schuldverhältnis auf diese Sache. Hieraus ist ersichtlich, daß der Schuldner zwar seine ihm obliegende Leistung erbracht haben kann, ohne daß aber schon Erfüllung eingetreten zu sein braucht.

Die begriffliche Unterscheidung von Leistung und Erfüllung vermag Trautmann weiterhin noch treffend darzutun durch den Hinweis, daß es in § 297 nicht heiße, der Gläubiger komme in Verzug, wenn die Bewirkung der Leistung unmöglich sei, sondern der Gläubiger komme dann in Verzug, wenn der Schuldner seinerseits **außerstande** sei, die Leistung zu bewirken [1]). Da die Frage des Außerstandeseins im BGB. nur bei persönlichen Verhältnissen gebraucht werde [2]), müsse der Schuldner zu seinem Teile imstande sein, an der Erfüllung mitzuwirken; d. h. seine Leistung müsse möglich sein.

Es liegt daher Unmöglichkeit der Leistung nach Trautmann nur dann vor, wenn die nach dem Vertrage dem Schuldner obliegende Leistung derart unmöglich ist, daß auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten Mitwirkung eine Erfüllung unmöglich sein würde.

Annahmeverzug liegt demnach vor, wenn dem Schuldner die Bewirkung der Leistung unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger das Seinige zur Vertragserfüllung beiträgt, möglich ist und er die in diesem Sinne mögliche Leistung dem Gläubiger ordnungsgemäß, aber vergeblich angeboten hat [3]).

Die Trennung der Begriffe Leistung und Erfüllung, die Trautmann als erster vorgenommen hatte, hat schnell in der

---

1) Trautmann, a. a. O., S. 457; a. M. von Westphal, JW. 1921, S 323
2) Beispiele gibt Trautmann auf S. 458.
3) Trautmann, a. a. O., S. 450.

ganzen Lehrmeinung[1]) Anklang gefunden. Titze und Oertmann änderten — worauf noch unten eingangen wird — ihre Anschauung zu diesem Problem. Nur Staudinger[2]), der sich scheinbar früher im Trautmannschen Fahrwasser befunden hat[3]) und einige andere bekämpfen heute noch die auf der Beweisführung von Trautmann aufgebaute Lehre. Staudinger hält die Zerlegung der Arbeitsleistung in eine solche, die vom Standpunkte des Arbeitnehmers aus gesehen möglich und vom Standpunkte des Arbeitgebers unmöglich ist, für unzulässig, da diese Unterscheidung Leistungsbereitschaft und Arbeitsleistung zu Unrecht identifiziere. Nach seiner Ansicht muß der Arbeitnehmer in der Lage sein, die Arbeitsleistung zur Perfektion zu bringen.

Die Ansicht von Staudinger ergibt sich daraus, daß er die Unterscheidung der Begriffe Leistung und Erfüllung nicht anerkennt und daher zu dem — von seiner Seite aus gesehen — berechtigten Vorwurfe der Gleichstellung von Arbeitsbereitschaft und Arbeitsleistung kommt.

Auch Schmincke[4]) wendet sich gegen die Auslegung des Wortes Leistung in § 323 BGB. Er sagt, daß § 323 BGB. nur von der Unmöglichkeit schlechthin ohne nähere Umgrenzung spreche. Unmöglich werde eine Leistung, wenn ihre Voraussetzungen in Fortfall kommen; zu diesen gehören aber auch die Mitwirkungshandlungen des Gläubigers. Warum solle aber eine Unmöglichkeit der Leistung nur darum nicht eintreten, weil die Gründe vielleicht in der Shpäre des Gläubigers liegen. Es könnten aus der strikten Anwendung zwar Härten entstehen. Es bestehe aber kein Ausweg wegen des klaren Wortlautes des § 323 BGB. Der Ansicht Schminckes ist ebenso wie der soeben schon kritisierten Auffassung von Staudinger entgegen zu halten, daß sie irrtümlicher Weise die Begriffe Leistung und Erfüllung gleichsetzt, so daß für ihn der Wegfall der Substrate begrifflich Unmöglichkeit der Leistung bedeutet.

Man muß sich aber darüber klar sein, daß die Trautmannsche Lehre auch nur eine begriffliche abstrakte Abgrenzung darstellt[5]). Es mußte aber eine solche gemacht werden, da sich das

---

1) Vgl. auch Sinzheimer, 1929, S. 22.

2) a. a. O., 1928 zu § 615, II, 2b.

3) Trautmann, a. a. O., S. 458 unter cc.

4) KA., Blatt Stromsperre.

5) Aus diesem Grunde bekämpft Hedemann, a. a. O., S. 35 bezw. S. 203, Anm. 61 die Trautmannsche Lehre, da seine Abgrenzung, wie er sagt, mit einer „blanken Fiktion" arbeiten müsse und auf diese Weise nur ein konstruktiver und künstlicher Versuch zustande kommen könne.

Rechtsempfinden in der Frage des Betriebsrisikos infolge der Fortentwicklung der sozialen Ideen grundlegend geändert hat[1]).

Oertmann[2]), der auch bis zum Aufkommen der Trautmannschen Lehre die alte Titzesche Auffassung vertrat, sah das Widerspruchsvolle seiner Meinung ein und half sich, um seine Theorie mit der Konstruktion des Gesetzes in Einklang zu bringen, mit folgenden Worten über die Schwierigkeiten hinweg: „Nimmt der Gläubiger die nötige Mitwirkung nicht vor, so macht er die Leistung vielleicht gleichzeitig unmöglich; aber hier ist es nicht eine bereits vorhandene Unmöglichkeit, was die Abnahme hindert, sondern das Unterbleiben der Annahme, was die Möglichkeit erst in eine Unmöglichkeit verwandelt[3]),

Oertmann hat jedoch erkannt, daß die von Trautmann vorgeschlagene Lösung dem Willen des Gesetzgebers am meisten entspricht. Man sei „in freier geistiger Arbeit des unleugbar bedenklichen gesetzgeberischen Buchstabens des § 323 Herr geworden“[4]). In seinen Ausführungen[5]) lehnt er sich nunmehr den Gedankengängen von Trautmann an. Er stellt sich unter Leistung Verschiedenes vor[6]) und zwar, entweder den Leistungserfolg, oder die gesamten zur Leistung erforderlichen Handlungen oder auch nur die dem Schuldner obliegenden Leistungshandlungen[7]). Er ist grundsätzlich für Annahme der letzten Möglichkeit[8]). Nach ihm ist die Frage zu stellen, ob der Schuldner von der ganzen Summe der Mitwirkungsverhandlungen abgesehen zur Leistung imstande ist. Gleichgültig, ob die in der Person des Gläubigers begründeten Hindernisse vorübergehender oder dauernder Natur seien (a. a. O., S. 23), könnten sie, wenn sie auch die Leistungshandlungen des Schuldners unvollendet ließen

---

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 198: „Die zahlreichen Versuche, auf die Frage, wie weit Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, eine unbedingt sichere Antwort zu geben und damit auf Grund der §§ 323, 615 BGB. zu einer befriedigenden und allgemein anerkannten Lösung zu kommen, haben keinen Erfolg gehabt. **An sich lassen sich beide Ansichten begründen . . .** Der Wortlaut des Gesetzes kann schwerlich entscheiden. Auch ist es nicht angängig deshalb, weil das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich auf arbeitsfreundlichem Standpunkt stehe, zu Gunsten der Arbeitnehmer zu entscheiden (so Koffka, DJZ. 1920, Sp. 644). **Bei dieser Sachlage bleibt es nur übrig, aus allgemeinen Rechtsgedanken heraus die Entscheidung zu suchen.**“

2) Vgl. Trautmann, a. a. O., S. 448 und 459.

3) Oertmann, Kommentar zum BGB. 1910, zu § 293.

4) Oertmann, GKG. 23, S. 318.

5) Arch. f. ziv. Pr. 106, 1 ff.

6) Vgl. S. 6 dieser Arbeit.

7) a. a. O., S. 14.

8) a. a. O., S. 20.

bezw. zum Scheitern brächten, den Eintritt des Annahmeverzuges nicht verhindern [1]). Da unter Leistung nur der dem Schuldner obliegende Anteil an der Leistungshandlung zu verstehen sei, müsse man bei Beurteilung der Frage, ob dem Schuldner die Leistung im Sinne des § 323 BGB. unmöglich würde, von den Mitwirkungshandlungen des Gläubigers absehen.

Aus diesen Ausführungen ist ersichtlich, daß Oertmann im großen und ganzen zur Lösung des Problems die Gedankengänge Trautmanns verwandt hat. Er geht neuerdings noch weiter und will seine Entscheidung fällen, je nachdem die eintretende Unmöglichkeit in der Person des Schuldners bezw. in dem Betätigungsbereich der Person des Schuldners ihren Urgrund hat [2]). Dies wird für die noch unten in der „soziologischen Betrachtungsweise" auszuführenden Untersuchungen von großer Bedeutung sein [3]).

Aber auch Titze, dessen alte Lehre bis zur Zeit des Trautmannschen Aufsatzes keinen Widersacher gefunden hatte, hat sich von den Trautmannschen Ausführungen überzeugen lassen [4]). Er spricht davon, es sei „eine sich immer mehr verbreitende und sich geradezu zur herrschenden Meinung durchsetzende Erkenntnis", daß hier nur Annahmeverzug, keine Unmöglichkeit vorliegen könne, „indem hier das Nicht-erfüllen-können des Dienstschuldners seine Gründe im Versagen der vom Gläubiger zu beschaffenden Leistungsvoraussetzungen habe". Seine frühere Ansicht hätte den spezifischen Sinn verkannt, den das Gesetz gerade in der Abweichung von der logischen Bedeutung des Wortes mit dem Begriff der unmöglichen Leistung verbinde [5]).

Um diesen Begriff zu verstehen, sei davon auszugehen, daß die Erfüllung eines Schuldverhältnisses auf vielfach verschiedene Weise gehindert werden könne; entweder dadurch, daß die nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses vom Gläubiger zu erwartende Mitwirkung unterbleibe, oder dadurch, daß sich dem Solutionseffekt sonstige, nicht in einer ausbleibenden Gläubigermitwirkung wurzelnde Hindernisse entgegenstellen würden. Im ersteren Falle liege Annahmeverzug, im zweiten Falle Unmöglichkeit der Leistung vor. Beide unterständen also dem **Oberbegriff des Erfüllungshindernisses.** Sie unterschieden sich dadurch voneinander, daß

1) a. a. O., S. 21.
2) Recht 1922, S 5 ff; NZfArbR. 1922, S. 463 und Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 169.
3) Vgl. III, §§ 9 ff. dieser Arbeit.
4) Recht des kaufmännischen Personals, S. 744, Anm. 5; JW. 1922, S. 548.
5) JW 1922, S. 549.

in dem einen Falle das zur Erfüllung Fehlende vom Gläubige zu beschaffen sei, im anderen Falle nicht. Der gesetzliche Be griff der unmöglichen Leistung werde hierdurch gegenüber seine alten Auffassung erheblich eingeschränkt . . . Die neue Betrach tungsweise gehe gewissermaßen vom Begriff des Annahmeverzuge aus und erkenne als Fälle der unmöglichen Leistung nur die vo der mora accipiendi nicht bereits für ihren Bereich reklamierte Erfüllungshindernisse an . . . Der § 297, der die Leistungsfähig keit des Schuldners als Erfordernis des Annahmeverzuges auf stelle, sei dahin zu interpretieren, daß der Leistungsbewirkun nicht noch andere Hindernisse als die fehlende Mitwirkung de Gläubigers im Wege stehen dürften.

Die Ausführungen lassen deutlich erkennen, daß sich Titz von seiner alten Lehre abwendet und sich ohne Einschränkun zu den Trautmannschen Thesen bekennt. Er versucht noch durc Einführung des „Oberbegriffes des Erfüllungshindernisses" di Trautmannsche Lehre weiter auszubauen und eine noch größere Klärung herbeizuführen. Unverständlich erscheint in diesem Zu sammenhang m. E. die scharfe Kritik [1]), die Harmsen bei Bespre chung der Titzeschen Lehre übt. Harmsen verurteilt mit eine spitzfindigen logischen Begründung, daß Titze bei Entwicklun seiner neuen Lehre vom Annahmeverzug ausgeht [2]). Er geht da von aus, daß gemäß § 297 eine **mögliche Leistung** angebote werden müsse, um den Annahmeverzug herbeizuführen. Er is daher der Ansicht, daß man bei der Feststellung, ob die Leistun möglich sei oder nicht, nicht vom Annahmeverzug ausgehe dürfe, wo doch gerade erst in zweiter Linie festgestellt werde solle, ob Annahmeverzug vorliege [3]). Er glaubt, daß der abwegig Ausgangspunkt mit einer unrichtigen Interpretation des § 29 zusammenhänge [4]). Das Wörtchen „außerstande" in § 297, da sich nur auf den Schuldner beziehe, werde zeigen, daß die Aus legung, Annahmeverzug liege dann vor, wenn andere Hinderniss als in der Person des Schuldners der Leistung entgegenstehe jedenfalls näher liege als die Titzes [5]).

Harmsen übt eine spitzfindige Kritik. Aber warum bleib er nicht konsequent? Er glaubt, daß die falsche Betrachtungsweis durch die unrichtige Interpretation des Wörtchens „außerstande" in § 297 hervorgerufen worden sei. Er empfiehlt daher die Aus

1) Harmsen, a. a. O., S. 17 ff.
2) Vgl. S. 17 und 18 dieser Arbeit.
3) Harmsen, a. a. O., S. 17 u.
4) Harmsen, a. a. O., S. 18 u.
5) Harmsen, a. a. O., S. 18/19.

legung[1]), Annahmeverzug liege nur dann vor, wenn andere Hindernisse als solche, die in der Person des Schuldners bestehen, der Leistung entgegentreten. Was sind aber die anderen Hindernisse? Das sind doch **grundsätzlich** nur die vom Gläubiger vorzunehmenden Mitwirkungshandlungen. Harmsen sagt, man dürfe bei der Feststellung, ob die Leistung möglich sei, nicht vom Annahmeverzug ausgehen, indem er Bezug nimmt auf die Titzesche Formulierung: Die Fälle der unmöglichen Leistung sind nur die von der mora accipiendi nicht bereits für ihren Bereich reklamierten Erfüllungshindernisse. Welches sind aber die von der mora accipiendi reklamierten Erfüllungshindernisse? Doch nur die Gläubigerhandlungen. Die Unmöglichkeit der Leistung läßt sich nun nicht ohne Abstraktion der Gläubigerhandlungen ermitteln, auch nicht, wenn man, wie Harmsen vorschlägt, vom Begriff der Unmöglichkeit ausgeht. Damit sind wir aber wieder am Ausgangspunkt angelangt, den Harmsen noch eben scharf kritisiert hat. Harmsen müßte daher, wenn er konsequent bliebe, die ganzen Tietzeschen und Trautmannschen Ausführungen ablehnen. Das tut er aber nicht; vielmehr stimmt er[2]) Trautmann zu. Harmsen geht zwar nur auf die Untersuchungen von Trautmann ein, die vom Begriff der Unmöglichkeit der Leistung ausgehen, und übersieht — diesmal zwar konsequenterweise — den Gegenbeweis, den Trautmann[3]) vom Annahmeverzug ausgehend führt.

Nun wieder zurück zu Titze. Nach den bisherigen allgemeinen Ausführungen zum Problem geht Titze auf Besprechung von Einzelfällen über[4]).

Er untersucht zunächst die rechtlichen Folgen eines Teilstreikes für den arbeitswilligen und arbeitsfähigen Teil der Arbeitnehmerschaft. Er lehnt mit der Begründung, daß der Arbeitgeber keine von ihm zu erwartende Mitwirkungshandlung bei der Beschaffung der Arbeitssubstrate versäumt habe, den Annahmeverzug des Arbeitgebers und damit die Lohnzahlungspflicht desselben ab. Zur Unterstützung seiner Ansicht führt er noch an, daß aus Erwägungen der Solidarität der Arbeitnehmerschaft auf Grund des Prinzips der „balance of power" nicht Annahmeverzug des Arbeitgebers, sondern eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung im Sinne des § 323 BGB. für den Arbeitnehmer vorliegen muß.

Wie man auch aus Gründen der Billigkeit und sonstigen Erwägungen speziell zum Problem des Teilstreikes stehen mag, so kann man dennoch nicht die von Titze gegebene Begründung,

1) Harmsen, a. a. O., S. 18/19.
2) Harmsen, a. a. O., S. 20 ff.
3) Trautmann, a. a. O., S. 453.
4) JW. 1922, S. 550.

daß der Arbeitgeber keine von ihm zu erwartende Mitwirkungs handlung bei der Beschaffung der Arbeitssubstrate versäumt habe anerkennen. Man mag ja zugeben, daß in diesem Falle die Be triebsstörung nicht durch in der Sphäre des Arbeitgebers liegend Ereignisse herbeigeführt worden ist, sondern durch das Verhalte eines Teiles der Arbeitnehmerschaft. Das hindert aber nicht, daß da dem Arbeitgeber das ihm als Gläubigerhandlung obliegend Stellen des Arbeitssubstrates unmöglich wird, die Arbeitsleistun der arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeiter möglich bleibt un daher an sich — im Hinblick auf die „dogmatische Betrachtungs weise" — Annahmeverzug des Arbeitgeber und keine Unmöglich keit der Leistung im Sinne des § 323 BGB. vorliegt. Titz scheint selbst nicht ganz von der rechtlichen Haltbarkeit seine Ausführungen überzeugt zu sein; denn er führt zur Unterstützun noch den Solidaritätsgedanken an.

Bei technischen Störungen unterscheidet ferner Titze da individuelle und das generelle Betriebsrisiko[1]). Generelles Be triebsrisiko im Gegensatz zum individuellen Betriebsrisiko lieg vor, wenn Betriebsstörungen, bezw. Mängel an den vom Arbeit geber zu stellenden Produktionsmitteln nicht nur im Einzelbetrieb sondern ganz allgemein für einen ganzen Berufszweig oder ei ganzes Gebiet eintreten. Während Titze entsprechend seinen bis herigen Ausführungen das individuelle Betriebsrisiko zu alleiniger Lasten des Arbeitgebers gehen läßt, ist er beim generellen Betriebs risiko der Ansicht, daß die Sachlage eine andere ist. Als Begründun führt er an, daß beim Vorliegen des individuellen Betriebsrisiko dem Arbeitgeber die Beschaffungspflicht der Arbeitssubstrate ob liege, diese Pflicht ihm aber beim Vorliegen des generellen Be triebsrisikos wegen der Ungunst der Zeitverhältnisse nicht **zu gemutet** werden könne. Die Arbeitssubstrate seien unbeschaff bar, und die Nichtbeschaffung von Unbeschaffbarem könne nich als Unterlassung einer vom Arbeitgeber vertragsgemäß zu er wartenden Mitwirkungshandlung angesehen werden . . . . ., di sich hier dem Arbeitnehmer entgegenstellenden Arbeitshinderniss bedeuten für ihn eine Unmöglichkeit der Leistung, die ihm de Lohnanspruch nach § 323 BGB. nehme[2]).

Titze sucht **aus Billigkeitserwägungen** heraus beim Vor liegen des generellen Betriebsrisikos, das ohnehin eine außer ordentlich schwere wirtschaftliche Gefährdung für den Arbeitgebe darstellt, eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers zu vermeiden

---

1) Ebenso Oertmann in NZfArbR 1922, 461, LZ. 1927, 1177, Arbeits vertragsrecht, S. 170; a. M. Pottoff, JW. 1922, S. 553.
2) JW. 1922, S. 551.

Als Begründung führt er die „Nichtzumutbarkeit“ an; daher sei Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen. Damit widerspricht er aber seiner eigenen oben entwickelten begrifflichen Abgrenzung. Es ist doch unbestritten, daß der Arbeitgeber — entsprechend der Lehre von Titze und Trautmann — trotz Ungunst der Zeitverhältnisse die Mitwirkungshandlung vornehmen muß. Unterbleibt diese Mitwirkungshandlung, so bleibt dennoch im Sinne seiner Lehre die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers möglich; Titze darf also nicht von der Unmöglichkeit der Leistung sprechen.

Es ist zwar zu verstehen, daß in solchen Fällen des generellen Betriebsrisikos die Rentabilität eines Betriebes durch die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers in Frage gestellt wird und daher Wege zu suchen sind, die einen gerechten Ausgleich zwischen den Ansprüchen der Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft herbeiführen. Aus diesem Grunde ist de lege ferenda der „salomonische“ Vorschlag[1]) zu billigen, daß der Arbeitnehmer nur den halben Lohn erhalten solle. Aber ohne eine besondere gesetzliche Grundlage bzw. spezielle Vereinbarung der Parteien läßt sich eine Entscheidung nicht begründen[2])[3]).

Aus der bisherigen Stellungnahme zu den von Titze angeführten Einzelbeispielen ist zu ersehen, daß sich mit Hilfe dieser von einem großen Teil der herrschenden Lehre anerkannten Regel über die Begriffsabgrenzung von Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug bei strenger Auslegung nicht alle Fälle des vorliegenden Problemes dem sozialen Bedürfnis und dem Rechtsgefühl entsprechend lösen lassen. Titze gibt in den Schlußbetrachtungen seines besprochenen Aufsatzes[4]) zu, daß diese Begriffe die richtige Entscheidung ermöglichen, sie aber nicht gewährleisten. Es ist ihm zuzustimmen, wenn er sagt, daß die gefundene Formulierung die soeben behandelten Interessenkollisionen in klarer und zugleich in sachlich befriedigender Weise regelt und daß es zweifelhaft ist, ob noch eine bessere Lösung zu finden sei. Titze hat erkannt, daß eine dem sozialen Bedürfnis und Rechtsempfinden entsprechende Entscheidung über die Fälle des Teilstreikes und des generellen Betriebsrisikos bei strenger Anwendung der neuen Auslegungsregel schwierig ist. Seine Versuche, durch Billigkeitserwägungen und Feststellung der „Nichtzu-

1) Vgl. Hedemann, a. a. O., S. 179 bezw. S. 11.

2) Vgl. Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 157 und Hueck-Nipperdey, § 42, Anm. 42.

3) Die Praxis hat zur Frage des **generellen** Betriebsrisikos nicht besonders Stellung genommen, hält daher die Berücksichtigung eines derartigen Falles für überflüssig; vgl. Hueck in RAG.; Bensheimer 5, 112 Anm.

4) Titze, a. a. O., S. 551.

mutbarkeit“ im Rahmen seiner Begriffsabgrenzungstheorie die mögliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in eine unmögliche zu verwandeln, um damit Annahmeverzug und Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers zu verhindern, sind wie oben ausgeführt, rechtsdogmatisch nicht haltbar. Um in diesen Fällen zu einer billigen Entscheidung zu kommen, müssen andere Gesichtspunkte zur Begründung angezogen werden, wie noch unten bei Erörterung der „soziologischen Betrachtungsweise“ dargelegt wird.

§ 5. Die Lehre vom Leistungsverzug des Arbeitgebers.

Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus sucht Kaskel [1]) eine Lösung für unser Problem zu finden. Er geht von der rechtspolitischen Erwägung aus, daß das beim Arbeitsvertrage dem Arbeitgeber aufgebürdete Betriebsrisiko den allgemein auf dem Verschuldensgedanken beruhenden Grundsätzen der Gefahrtragung widerspreche, da sich eine einseitige Lastenverteilung bei der heutigen gleichmäßigen Verteilung der Kräfte, Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nicht mehr rechtfertigen lasse. Es müßten daher beide Parteien genau so gleich und vom Gesetzgeber **unbevorzugt** gegenüberstehen, wie es sonst bei Schuldverhältnissen der Fall zu sein pflege [2]).

Kaskel führt aus, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers sei nicht unmöglich, weil seine Leistung in zeitlicher und räumlicher Abhängigkeit von der Pflicht des Arbeitgebers zur Substratstellung stehe und erst das Unterbleiben dieser Pflicht die Erfüllung unmöglich mache. Annahmeverzug liege deshalb nicht vor, weil nur das Angebot einer möglichen Leistung den Gläubiger in Verzug setze, während das Angebot einer unmöglichen Leistung einen solchen Verzug nicht herbeiführen könne (§ 297 BGB.). § 615 BGB. sei auch schon deshalb abzulehnen, weil ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nach § 306 BGB. nichtig und eine Leistung aus einem derartigen Vertrage daher **niemals geschuldet** sei. Es könne aber nur das Angebot einer **geschuldeten** Leistung Annahmeverzug begründen.

Fortfahrend weist er darauf hin, daß durch die Betrachtungsweise des Arbeitsvertrages als eines Unterfalles der Miete die seines Erachtens falsche Ansicht entstanden sei, daß die Beschaffung der Arbeitssubstrate durch den Arbeitgeber nur als eine Mitwirkungshandlung aufzufassen sei. Demgegenüber sei er der Auffassung,

1) „Das neue Arbeitsrecht“, 1925, S. 89 ff. und Arbeitsrecht 1922, S. 1 ff.
2) Vgl. Kaskel, a. a. O., S, 15.

daß bei der Vertragserfüllung sich drei Schuldnerverpflichtungen gegenüberständen, die zeitlich und logisch voneinander abhängig seien. Zunächst habe der Arbeitgeber als **Schuldner** die Arbeitssubstrate zu beschaffen, hiernach sei der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm vertraglich obliegenden Arbeitsleistung verpflichtet. Erst an dritter Stelle ergebe sich die Pflicht des Arbeitgebers, den vereinbarten Lohn zu zahlen, da der Arbeitnehmer gemäß § 614 BGB. seine Arbeit vorzuleisten habe. Ebenso wie durch Nichtleistung der Arbeit demnach der Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfalle, mache der Wegfall der Arbeitssubstrate die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich, da sie deren natürliche Voraussetzung sei [1]).

Als Begründung seiner Ansicht führt Kaskel an, neben der eigentlichen Arbeitspflicht sei für den Arbeitnehmer noch eine Treupflicht gegeben. Für den Arbeitgeber bestehe nach den Pflichten der sozialen Fürsorge (§§ 617, 618) und Erteilung eines Zeugnisses (§ 630 BGB.) auch eine Rechtspflicht zur Beschaffung der Arbeitssubstrate. Die Pflicht zur Stellung des Arbeitssubstrates stelle sich als eine vom Gesetz nicht besonders behandelte selbstverständliche Voraussetzung jedes Arbeitsvertrages dar, die daher auch nicht vertraglich besonders ausbedungen zu werden brauche.

Die Schlußfolgerungen der Kaskelschen Ansicht sind demnach, daß auf seiten des Arbeitgebers bei Betriebsstörungen, wenn die Leistung der Substrate möglich gewesen wäre, Leistungsverzug, und wenn die Leistung unmöglich wäre, Unmöglichkeit der Leistung vorliegt. Eine Pflicht zur Lohnzahlung hängt demnach vom Verschulden des Arbeitgebers oder seines Erfüllungsgehilfen ab (§ 278 BGB.). Beim Bejahen dieser Frage ergibt sich sogar außerdem noch ein Schadenersatzanspruch. Die Ausführungen Kaskels sind fast allgemein abgelehnt worden [2]).

Kaskel weist zur Begründung seiner These auf §§ 617, 618 BGB. hin, um hieraus eine Rechtspflicht zur Stellung eines

---

1) Vgl. alte Titzesche Auffassung.

2) Sinzheimer, JW. 1924, S. 942; Staudinger, a. a. O., zu § 615 II, 2 b β; Planck, a. a. O., zu § 615; Hueck-Nipperdey, § 42 IV, 3, S. 197; Titze, JW. 1922, S. 548; Oertmann, NZfArbR., 1922, S. 466; Groh, a. a. O., S. 170, Anm. 37; Simson, a. a. O., S. 6 ff.; RG. Bd. 106, S. 292; a M Hedemann, a. a. O., S. 35 (bezw. S. 203), Anm. 60, der das Problem mit dem Mietvertrag vergleicht: „Wenn der Vermieter die Räume nicht stellt, kommt er unbestritten in Schuldnerverzug. Warum soll nicht das Gleiche gelten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz nicht stellt". — Meines Erachtens kann diese Gegenüberstellung Kaskels Ansicht nicht unterstützen, da der Vermieter dem Arbeitnehmer, nicht dem Arbeitgeber in diesem Falle gleichgestellt wäre. Weiterhin steht in § 535, daß der Gebrauch der gemieteten Sache zu gewähren sei, während § 611 BGB. nur von Gewährung der vereinbarten Vergütung spricht.

normal funktionierenden Betriebes zu folgern. Meines Erachtens mit Unrecht. Zwar zählen §§ 617, 618 BGB. gewisse Pflichten des Arbeitgebers auf. Diese stellen sich aber nur als soziale Schutzbestimmungen [1]) dar, die ihm **neben seiner Lohnzahlungspflicht** obliegen. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß § 618 BGB. den Arbeitgeber nicht zur Beschaffung der Arbeitsräume und Arbeitsgeräte verpflichtet. Vielmehr liegt ihm gemäß § 618 BGB. nur die Pflicht ob, daß, wenn er — z. B. auf Grund von Vertrag — die Substrate zu stellen hat, die **beschafften** Räumlichkeiten ordnungsgemäß so einzurichten und zu unterhalten hat. Darin liegt ein großer Unterschied. Ob der Anspruch auf Unterhaltung der Substrate ein klagbarer Anspruch ist oder nicht [2]), ist für die vorliegende Frage gleichgültig, da sich der Streit nur wiederum darum dreht, ob für den Fall, daß der Arbeitgeber zur Beschaffung der Arbeitssubstrate — z. B. auf Grund eines Vertrages — verpflichtet ist, ein Klagerecht auf Erfüllung der Vorschriften aus § 618 BGB. besteht oder nicht.

Kaskel sieht die „Schuldnerpflicht" des Arbeitgebers zur Stellung der Arbeitssubstrate als „eine vom Gesetzgeber nicht besonders behandelte, selbstverständliche Voraussetzung jedes Arbeitsvertrages" an. Mit Anerkennung dieses Grundsatzes würde man jedem Arbeitnehmer ein **Recht auf Leistung** seiner ihm obliegenden Arbeit zubilligen. Ein solches Recht des Arbeitnehmers ist aber weder ausdrücklich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch aus der Reichsverfassung zu entnehmen.

Zwar wird gemäß Artikel 157 RV. die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reiches gestellt. Weiterhin soll gemäß Artikel 163 Abs. 2 RV. jedem Deutschen die „Möglichkeit gegeben werden, sich durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben". Diese Sätze sind aber nur rein **programmatischer Natur.** Es kann daher aus ihnen nicht die Folgerung gezogen werden, daß nunmehr jedem Arbeitnehmer mit Abschluß des Arbeitsvetrages ein Recht auf Arbeit zusteht [3]).

Es muß zwar andererseits auch hervorgehoben werden, daß sich Arbeitsverträge denken lassen, bei denen dem einzelnen Arbeitnehmer sehr daran gelegen ist, seine Arbeit auszuführen. So wird man annehmen können, daß es bei Lehrlingen, Volon-

1) Vgl. RG. 106, 277.

2) Dafür Lotmar, a, a. O., II, S. 278 und Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 201: a. M. Titze, JW. 1923, S. 247 und Recht des kaufmännischen Personals. S. 856, mit dem Hinweis, daß das Interesse des Angestellten nur dahin gehe, daß er in einem ordnungswidrigen Betrieb nicht zu arbeiten brauche und doch keine Einbuße an Gehalt erleide.

3) Vgl. Simson, a. a. O., S. 8.

tären, Künstlern zum Vertragsinhalt gehört — Erlernung des Handwerkes, bezw. Ernten von Ruhm durch Auftreten –, die versprochene Arbeit zu leisten. Ihnen wird man ein Recht auf Arbeit zubilligen können. Dies sind aber nur Ausnahmefälle, so daß grundsätzlich nicht von einem Recht des Arbeitnehmers auf Arbeitsleistung gesprochen werden kann.

Es können aber noch andere Gesichtspunkte angeführt werden, die die Ansicht Kaskels, daß dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Recht auf Arbeit zusteht, widerlegen. So hat sich der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes in § 64 mit der Frage, ob der Arbeitgeber zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet sei, befaßt. Er verneint dies, indem er sagt: „Der Arbeitgeber ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung verpflichtet, den Arbeitnehmer angemessen zu beschäftigen, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Beschäftigung hat. Das gilt namentlich, wenn die Nichtbeschäftigung geeignet ist, die Entwicklung der Leistunghfähigkeit des Arbeitnehmers in erheblichem Maße zu erschweren. **Die Verpflichtung entfällt, auch wenn sie ausdrücklich vereinbart ist, soweit der Arbeitgeber einen wichtigen Grund hat, die Beschäftigung abzulehnen.**“

Ferner kann darauf hingewiesen werden, daß die Ansicht Kaskels sich nicht mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Werkvertrag[1]) in Einklang bringen läßt. § 642 BGB. bestimmt, daß der Unternehmer beim Unterbleiben der vom Besteller vorzunehmenden Mitwirkungshandlungen nur im Annahmeverzug, nicht in Leistungsverzug kommt. Es besteht, da der Unternehmer keinen Anspruch auf Mitwirkung hat, kein Klagerecht, sondern nur ein Entschädigungsanspruch[2]).

Zur Bekräftigung der hier vertretenen Ansicht können weiterhin die §§ 84 und 87 des Betriebsrätegesetzes angezogen werden. Hiernach ist der Arbeitgeber, selbst für den Fall, daß eine Kündigung des Arbeitnehmers auf dessen Einspruch hin durch Urteil des Arbeitsgerichts für ungerechtfertigt erklärt worden ist, nicht zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet. Im Zweifel wird sogar Nichtbeschäftigung angenommen (§ 87 Abs. 2 BRG.). In diesem Falle besteht nur ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers.

Zur weiteren Stütze kann auch das Schwerkriegsbeschädigtengesetz angeführt werden. Auf Grund dieses Gesetzes besteht für

---

1) Zwar ist der Arbeitsvertrag grundsätzlich nur ein Dienstvertrag. Es lassen sich aber auch Fälle denken, in denen er als Werkvertrag anzusehen ist.

2) § 642 Abs. 1; vgl. Oertmann, a. a. O., S. 468.

jeden Arbeitgeber die Verpflichtung, in seinem Betriebe im Verhältnis zur Stärke der Belegschaft eine bestimmte Anzahl von Schwerkriegsbeschädigten anzustellen. Es ist im allgemeinen daher ein Zwangsvertrag, der durch einen konstitutiven, rechtsgestaltenden Ersatzverwaltungsakt als Schuldverhältnis zustande kommt. Die Annahme des Vertrages ist eine Fiktion [1]). Auf Grund dieser Bestimmung hat der Schwerkriegsbeschädigte einen klagbaren Anspruch auf Einstellung und Beschäftigung. Dies ist die einzige Ausnahmevorschrift, die das Gesetz aus besonderen wirtschaftspolitischen Gründen zugelassen hat. Diese Bestimmung mußte aber speziell aufgeführt werden, da ein solches Recht, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, weder aus speziellen Normen, noch aus allgemeinen Rechtsgedanken abzuleiten ist.

Selbst für den Fall, daß man dem Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen — z. B., dem Lehrling, Volontär oder Künstler — ein Recht auf Arbeit zubilligt, würde die von Kaskel versuchte Lösung des Problems nicht erreicht. Denn wenn auch die Stellung der Arbeitssubstrate ohne Verschulden des Arbeitgebers unterbleibt und damit auch kein Leistungsverzug vorliegt, so ist noch nicht gesagt, daß der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug geraten könne, der ja bekanntlich kein Verschulden erfordert.

Zwar versucht Kaskel nachzuweisen, daß entweder nur Annahmeverzug oder nur Leistungsverzug vorliegen könne, daß sich also m. a. W. beide Rechtsinstitute gegenseitig ausschließen [2]). Ihm ist aber nicht zuzustimmen. Es sei nur auf die §§ 433 Abs. 2 und 640 Abs. 1 BGB. hingewiesen, in denen die Nebenverpflichtung des Käufers zur Abnahme der gekauften Sache bezw. die Abnahmepflicht des Unternehmers im Werkvertrage besteht. Die herrschende Lehre [3]) steht auf dem Standpunkt, daß der Gläubiger neben der Stellung als **Schuldner** hinsichtlich der Abnahme der Kaufsache (gleich körperlichen Wegnahme) a u c h **Gläubiger** hinsichtlich der Annahme der gekauften Sache (= rechtsgeschäftliche Entgegennahme der Uebergabe und Uebereignung dieser Sache) sei. Gläubiger und Schuldnerverzug sind demnach keine sich gegenseitig ausschließende Gegensätze, sondern können jederzeit zusammentreffen. Kaskel bringt daher keine Lösung des Problemes [4]).

---

1) Vgl. Staudinger zu § 611 I, 2 e.
2) Vgl. Kaskels Ausführungen auf S. 22 und 23 dieser Arbeit.
3) Staudinger zu § 433 IX, 2 und die dort Zitierten.
4) Vgl. Hueck-Nipperdey, § 42 IV, 3, S. 197 und Staudinger zu § 615 II, 2 b β.

§ 6. Sonstige Vorschläge zur Regelung auf rechtsdogmatischem Wege.

Die Vorschläge zur Lösung unseres Problems sind aber mit den bisher ausgeführten noch nicht erschöpft. Vielmehr gibt es noch eine große Anzahl mehr oder minder beachtlicher Versuche. So will z. B. Kohler[1]) die Lohnzahlungspflicht des Abeitgebers bei Betriebsstörungen einschränken. Er meint, daß sich der auf Grund von § 615 BGB. erhobene Lohnanspruch als ein Erfüllungsanspruch darstelle[2]) und somit den Grundsätzen des § 242 BGB. unterworfen sei, der ja auch zu Gunsten des Schuldners gelte. § 242 BGB. betreffe neben anderem auch das Leistungsmaß. Es müsse daher auch auf Billigkeitserwägungen Rücksicht genommen werden. In analoger Anwendung des § 70 der Seemannsordnung in Verbindung mit § 242 BGB. müsse die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers eingeschränkt werden.

Vielfach ist vorgeschlagen worden, durch analoge Anwendung des § 616 BGB. eine Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers festzustellen[3]). Die Vertreter dieser Ansicht behaupten mit Hilfe des argumentum a maiore ad minus, daß, wenn schon die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegenden Hindernisgründe dem Arbeitnehmer den Lohnanspruch nicht nehmen, dies um so mehr von sonstigen, insbesondere von solchen Ereignissen anzunehmen sei, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen.

§ 616 verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer den Lohn auch für die Zeit zu zahlen, während der der Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist; jedoch darf der Hinderungsgrund nicht verhältnismäßig erhebliche Zeit andauern. Man denkt dabei an Fälle, wie Wahrnehmung parlamentarischer Pflichten, Krankheiten usw.

§ 616 BGB. setzt voraus, daß die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich ist[4]). Ist die Arbeitsleistung möglich, so kann § 616 BGB. gar nicht angewandt werden, also auch nicht analog. Harmsen[5]) hat darauf hingewiesen, daß bei Nichterfüllung eines Schuldverhältnisses im Allgemeinen nur entweder Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug vorliegt. Wenn § 616

---

1) NZfArbR, 1922, S. 473.
2) So RGRKomm. 615, Anm. 1 und Planck, a. a. O. zu § 615, 2.
3) Dernburg, 2, § 315 III; Endemann, Bd. I, § 174, Anm. 28b; Buchwald AR. 1922, S. 363; Albers, S, 23.
4) Vgl. Staudinger. a. a. O., zu § 616 III und Groh, a. a. O., S. 176.
5) a. a. O., S. 37.

BGB. nicht einen Fall der Unmöglichkeit der Leistung darstellen würde, müßte er ein solcher des Annahmeverzuges sein. Da dieser bereits in § 615 BGB. geregelt sei, sei § 616 BGB. überflüssig. — Die analoge Anwendung müßte sich demnach nur auf die Fälle beschränken, wo Unmöglichkeit der Leistung vorliegt[1]), und zwar eine objektive, die weder in der Person des Arbeitgebers noch in der des Arbeitnehmers begründet ist. Eine Analogie ist aber grundsätzlich auch in solchen Fällen abzulehnen; es sprechen hiergegen nicht nur der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte[2]), sondern vor allem auch der Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Mit vorübergehenden persönlichen Verhinderungen des Arbeitnehmers muß der Arbeitgeber rechnen. Er kann seine ihm besonders aufgelegte Lohnzahlungspflicht in die Verkaufspreise seiner Ware einkalkulieren und somit einen Verlust vermeiden. Anders ist dies aber in den Fällen, wo objektive Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt, z. B. Aufstände, allgemeine Verkehrssperre, Ruhreinbruch der Franzosen. Mit diesen brauchte er nicht zu rechnen, er konnte sie auch in den meisten Fällen nicht voraussehen. Ferner betrifft die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung in den meisten Fällen nicht nur einige wenige Arbeitnehmer sondern die ganze Belegschaft. Dann würde die Lohnzahlungspflicht für den Arbeitgeber eine außerordentlich schwierige Belastung ergeben[3]). Der Gesetzgeber hat aber bei Fassung des § 616 BGB. eine solche Belastung nicht gewollt[4]).

Einen anderen beachtlichen Vorschlag hat Sigel[5]) gemacht. Er geht von der Annahme aus, daß bei Betriebsstörungen die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich sei[6]). Er weist aber darauf hin, daß der Grund der Unmöglichkeit im Bereiche des Annahmewirkens, d. h. im Gefahrenkreis des Gläubigers liege, da ihm ja die Pflicht obliege, das Substrat zu stellen. Wenn dem Arbeitgeber auch kein Verschulden treffe, so habe er doch diesen Umstand zu vertreten. Die Leistung des Arbeitnehmers sei daher aus einem Grunde unmöglich geworden, den der Arbeitgeber, der andere Teil, zu vertreten habe. Es habe nicht § 323 BGB.,

---

1) Ebenso Hueck-Nipperdey, a. a. O., § 42, III, 1a.

2) Protokolle II, S. 281.

3) Zur Regelung de lege ferenda Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 160 ff.

4) Vgl. Staudinger, zu § 616, III. 1 c; Kaskel, a. a. O., S. 88; Planck, a. a. O. zu § 616, Bem. 5; Lotmar, Bd. II, S. 364; Joerges, a. a. O., 1929, S. 295. — Ebenso zustimmend Hueck- Nipperdey, die jedoch § 616 BGB. für anwendbar erklären, wenn sich das fragliche Ereignis nur auf wenige Arbeitnehmer auswirkt. — Ebenso Flatow, GKG., 24, S. 256.

5) a. a. O., S. 51 ff.

6) Seine Lehre stammt noch aus der Zeit vor Trautmann.

sondern unmittelbar § 324 BGB. Anwendung zu finden. Hiernach behalte der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch.

Sigel dehnt den Begriff des „Vertretenmüssens" aus, indem er ihm alle Umstände hinzurechnet, die außer etwaigem Verschulden die Person und den Gefahrenkreis des Arbeitgebers betreffen. Die Anwendung dieser Lehre würde sich bei Betriebsstörungen für den Arbeitnehmer außerordentlich günstig auswirken; denn er brauchte bei Betriebsstörungen nur nachzuweisen, daß diese nicht in seiner, sondern in der Gefahrzone des Arbeitgebers gelegen hätten. Es käme nicht mehr darauf an, ob der Arbeitgeber auf Grund eines ordnungsgemäßen Angebotes der Arbeitsleistung seitens des Arbeitnehmers in den Annahmeverzug geraten wäre.

Zur Begründung seiner Ansicht, daß der Begriff „Vertreten" in § 324 BGB. einer so weiten Auslegung fähig ist, führt Sigel an, daß das BGB. in § 276 BGB. zwar eine allgemeine Regel für das Verschuldensprinzip aufgestellt habe daß aber diese Regel grundsätzlich nur für den Schuldner, nicht für den Gläubiger gelte; denn es darf sich aus der Gestaltung des Arbeitsvertrages ergeben, daß der Arbeitgeber die in seiner Person eintretenden Unmöglichkeitsgründe auch ohne Verschulden zu vertreten hat. Sigel weist darauf hin, daß der Arbeitgeber bei Annahmeverzug auch ohne Verschulden gemäß § 615 BGB. zur Lohnzahlung verpflichtet sei. Zwar sei der Gläubiger deswegen noch nicht wegen jeder in seiner Person auftretenden Unmöglichkeit der Leistung verhaftet; aber es lasse sich auch kein annehmbarer Grund finden, der die verschiedene Behandlung der beiden Fälle, unverschuldeter Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung infolge eines in der Person des Arbeitgebers eingetretenen, von ihm nicht verschuldeten Grundes rechtfertigen könne. Zur weiteren Bekräftigung seiner Ansicht führt Sigel die fast wörtliche Uebereinstimmung des § 324 mit dem § 615 BGB. an. Er entnimmt hieraus, daß dem Gesetzgeber offenbar die Gleichstellung beider Fälle vorgeschwebt hat[1]).

Der Ansicht Sigels ist m. E. nicht zu folgen. Zwar ist Sigel wohl insofern Recht zu geben, als die Stellung des Gläubigers im BGB. eine andere ist als die des Schuldners[2]). „Denn es handelt sich beim Gläubiger um keinerlei Ersatzpflicht, sondern um die Frage, ob er nicht für unverschuldete, in seiner Person oder seinem Einwirkungskreis entstandene Ereignisse im Sinne einer entschädigungslosen, nicht durch Freiwerden einer etwaigen

1) Sigel, a. a. O., S. 55 und Anm. 17.
2) Vgl. Kohlers, Jherings Jahrbücher, 17, S. 262 ff.

Gegenverpflichtung ausgeglichenen Abschwächung oder Beseitigung seiner Rechte einzustehen habe“ [1]).

Abzulehnen ist aber m. E. die Ansicht Sigels, daß unter den Begriff „Vertreten“ in § 324 BGB. alle Umstände fallen, die auch außer etwaigem Verschulden die Person und den Gefahrenkreis des Arbeitgebers betreffen. Zwar muß man zugeben, daß der Begriff „Vertreten“ in § 324 BGB. nicht ohne weiteres bloß Vorsatz und Fahrlässigkeit im Sinne des § 276 BGB. umfaßt, da sich der Gesetzgeber in dieser Hinsicht nicht festgelegt hat. Aber andererseits ist damit nicht gesagt, daß der Gläubiger von dem das ganze BGB. durchziehenden Verschuldensprinzip unberührt bleibt. Es ist darauf hinzuweisen, daß grundsätzlich keine Haftung ohne Verschulden eintritt und daß das unverschuldete Einstehen des Gläubigers bei Annahmeverzug nur eine der wenigen Ausnahmefälle ist.

Wenn es auch zutrifft, daß das Gesetz für den Gläubiger hinsichtlich seines „Vertretenmüssens“ keinen Allgemeinsatz in der Art aufgenommen hat, wie ein solcher für den Schuldner in § 276 BGB. besteht, so zeigt das BGB. in seinen Einzelbestimmungen doch deutlich, daß der Gläubiger in der Regel nur für Verschulden einzustehen hat. Es sei nur erinnert [2]) an § 254 BGB. und auf den § 278 BGB. [3]). „Ferner gebraucht § 338 BGB. die Worte ‚vertretbar‘ und ‚verschuldet‘ als grundsätzlich gleichwertig gegenüber dem Geber einer Draufgabe, dessen Rückforderungsansprüche dort geregelt werden, der also als Gläubiger in Betracht kommt“. Fernerhin sei angeführt [4]), daß § 529 von einem vorsätzlichen und grobfahrlässigen Verhalten des Schenkers spricht und eine dadurch herbeigeführte Bedürftigkeit als Rückforderungsgrund für die Schenkung nicht zuläßt.

Dieser Hinweis auf die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhandenen Einzelvorschriften läßt, wenn auch der Gesetzgeber keine Allgemeinbestimmung geschaffen hat, darauf schließen, daß der Gläubiger dennoch grundsätzlich nur Verschulden zu vertreten hat. Auf jeden Fall spricht mehr für die Ansicht als dagegen. Es ist daher der Sigelsche Vorschlag, so einleuchtend seine Beweisführung und Schlußfolgerung im ersten Augenblick scheinen mag, abzulehnen.

---

1) Oertmann, Arch. f. ziv. Pr. 116, S. 32/33.
2) Oertmann, a. a. O., S. 48; Kaskel, NZfArbR., 1922, S. 5.
3) Wegen des letzteren siehe § 254 BGB. a. E.
4) Vgl. Oertmann, a. a. O.

§ 7. Der außerschuldrechtliche Lösungsversuch: Die sogenannte Personenrechtstheorie.

Hiermit sind die beachtlichsten der Versuche, die auf rechtsdogmatischem Wege eine billige Lösung finden wollen, erörtert. An dieser Stelle sei nur noch auf den Lösungsversuch von Potthoff[1]) hingewiesen, der ohne Inanspruchnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches mit Hilfe des römisch-rechtlichen Grundsatzes: „casum sentit dominus" eine den heutigen Verhältnissen gerecht werdende Regelung erhofft (sogenannte **Personenrechtstheorie).**

Die Vertreter[2]) dieser Theorie sehen im modernen Arbeitsvertrag einen Vertrag sui generis, einen Typ eigener Art neben Dienst- und Werkvertrag, auf den keinesfalls die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die der §§ 611 ff. BGB. Anwendung finden dürften. Im Gegensatz zum Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches, der als Unterfall der römisch-rechtlichen Sachmiete die Hingabe der Arbeitskraft eines Menschen als **Vermögensobjekt** zum Vertragsinhalt habe, sei die Hingabe des Arbeitnehmers als **Mensch** die Idee des Arbeitsvertrages[3]).

Harmsen[4]) kommt zum Ergebnis, daß der moderne Arbeitsvertrag im Hinblick auf seine Ableitung vom altdeutschen Treudienstvertrag[5]) kein schuldrechtlicher, sondern ein personenrechtlicher Vertrag, mit einigen schuldrechtlichen Nebenwirkungen sei[6]).

Ausgehend vom Grundsatz „casum sentit dominus" weist die Personenrechtstheorie die Gefahr der zufälligen Leistungsunmöglichkeit grundsätzlich dem Arbeitgeber zu. Mit Abschluß des Arbeitsvertrages sei der Arbeitgeber zur Verwertung der Arbeitskraft berechtigt. Dem Arbeitgeber seien nicht einzelne bestimmte, losgelöste „Dienste", sondern die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Verfügung gestellt. Mit dem Angebot der Arbeitskraft werde er **dominus der Arbeitskraft** und trage daher, wie auch der Käufer mit Uebergabe der Sache, die Gefahr hinsichtlich der Verwertungsmöglichkeit der angebotenen Arbeitskraft, falls aus einem weder von dem Arbeitgeber noch dem Arbeit-

---

1) Arbeitsrecht, 1922, S. 267; JW. 1922, S. 551; Arbeitsrecht 1925, S. 244; ebenso Harmsen, a. a. O.
2) Vgl Anm. 1 dieser Seite.
3) Harmsen, a. a. O., S. 74.
4) a. a. O.
5) Vgl. O. v. Gierke, Die Wurzeln im Dienstvertrag im Deutschen Recht.
6) Vgl. auch Pottoff, Arbeitsrecht 1925, S. 244.

nehmer zu vertretenen Ereignisse die Verwertung der Arbeitskraft, d. h. die Erfüllung des Arbeitsvertrages unmöglich würde.

Die Ausführungen der Personenrechtstheorie sind durchaus beachtlich. Das germanische Recht unterwarf den Knecht völlig der Verfügungsgewalt seines Herrn. Dieser Grundsatz ist den verschiedenen Treudienstverhältnissen des germanischen Rechtes gemeinsam. Einerseits bestimmte der Herr kraft seiner Machtstellung als Dienstherr über das Wohl und Wehe seiner Untergebenen, andererseits war er auch wiederum verpflichtet, den Seinigen Schutz, Entgelt und Unterkunft zu gewähren.

M. E. läßt sich jedoch, nachdem heute soziale Gedankengänge einen starken Ausdruck in einem System von arbeitsrechtlichen Normen, die in der Hauptsache den Schutz des Arbeitnehmers zum Gegenstand haben, ihren Ausdruck gefunden haben, die Begründung dieser Lehre nicht halten. Die Arbeitnehmerschaft hat in politischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht starken Machtzuwachs erhalten und steht in heutiger Zeit dem Arbeitgeber als **ebenbürtiges starkes wirtschaftliches Gebilde** gegenüber — siehe z. B. die gesetzlich anerkannte Tariffähigkeit der Gewerkschaften —. Die grundlegende Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag ist für den Arbeitnehmer die **Arbeitsleistung,** für den Arbeitgeber die **Lohnzahlung**. Die übrigen Verpflichtungen, wie z. B. die aus §§ 617, 618 BGB., treten im Verhältnis zu den obigen in den Hintergrund. Eine sonstige, besonders außerschuldrechtliche Bindung kann schon heute gar nicht bestehen, wo doch dem einzelnen Arbeitgeber oft eine ungeheure große Zahl von Arbeitnehmern gegenübersteht und damit das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fast unmöglich wird.

Besonders spricht aber meines Erachtens gegen die Auffassung von Potthoff, daß dem Arbeitgeber selbst für den Fall, daß er über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers voll verfügen kann, jede Möglichkeit fehlt, auf die persönliche Freiheit des einzelnen außerhalb des Dienstes einzuwirken. Die Möglichkeit einer solchen absoluten Einflußnahme über den Arbeitnehmer wäre aber eine der wesentlichsten Voraussetzungen zur Bejahung der Personenrechtstheorie [1]).

Somit darf meines Erachtens die von Potthoff, bezw. von Harmsen gegebene Begründung für das Vorhandensein einer personenrechtlichen Bindung in heutiger Zeit dem Arbeitsvertrag nicht mehr zu Grunde gelegt werden darf. Zwar muß zugegeben werden, daß auch heute noch Rechte und Pflichten zwischen

1) Vgl. Silberschmidt, a. a. O., S. 19.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer in personenrechtlicher Beziehung bestehen, so z. B. die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus §§ 616—618 BGB. [1]) und die Treupflicht des Arbeitnehmers. Diese Pflichten sind **subsidiärer Art** in Hinsicht auf den sonst rein schuldrechtlichen Gesamtvertrag. **Primär** gilt also der **Schuldvertrag,** diese Nebenverpflichtungen sind erst seine Folgen. Eine Unterscheidung zwischen Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches und dem Arbeitsvertrag, welcher im Sinne der Vertreter dieser Lehre ein Typ eigener Art neben Dienst- und Werkvertrag sein soll, wird damit ebenfalls hinfällig [2]).

§ 8. Rückblick.

Die bisher angeführten Vorschläge, auf rechtsdogmatischem Wege eine Lösung zu finden, sind in ihrem Aufbau und ihrer Begründung außerordentlich mannigfaltig. Der von Trautmann durch Trennung der Begriffe von Leistung und Erfüllung gefundenen Lösung ist in Lehre und Praxis überwiegend zugestimmt worden. Mit Verwendung dieser logischen Unterscheidung wollte man den veränderten sozialen Verhältnissen gerecht werden. Die Begriffsabgrenzung ist aber auch schon deshalb unentbehrlich, weil in der Tat logisch zwei Dinge in Frage kommen: „Leistung" ist die **konkrete tatsächliche Abwicklung** des vertraglich Geschuldeten, d. h. ein objektiv wahrnehmbarer Vorgang der Außenwelt, ein Handeln, Unterlassen usw. [3]), „Erfüllung" muß man dagegen als **rechtliche Bewertung der Leistung** unter dem Gesichtspunkte, ob nach Vertragszweck und Inhalt die Leistung so ist, wie sie sein sollte, angesehen werden.

Das Ergebnis der dogmatischen Betrachtungsweise ist daher, daß man eine billige Verteilung des Betriebsrisikos, insbesondere des Risikos der Lohnzahlungspflicht dogmatisch gefunden zu haben glaubt. In Wirklichkeit hat aber die gegenseitige Kritik der verschiedenen dogmatischen Begründungen gezeigt, daß letzten Endes das Betriebsrisiko — abgesehen von Parteivereinbarungen — doch fast zu 100% bei dem Arbeitgeber verbleibt.

---

1) Vgl. S. 31 dieser Arbeit.
2) Vgl. Nipperdey, NZfArbR. 1925, S. 732, der m. E. mit Recht bei Besprechung der Harmsenschen Ansicht diese Auffassung für romantisch hält.
3) Vgl. Oertmann, Leipziger Zeitschrift, 1927, Sp. 1182.

III. Die soziologische Betrachtungsweise.

§ 9. Individualismus — Kollektivismus.

Die Unzulänglichkeit der bisherigen dogmatischen Lösungsversuche zeigt sich sofort bei den Fällen des Teilstreiks und der Katastrophe als Ursache der Stillegung [1]). Nach der referierten dogmatischen Betrachtungsweise bliebe nichts anderes übrig, als den Arbeitgeber mit diesem Risiko zu belasten, während das juristische Empfinden sich bei dieser Lösung unbefriedigt fühlt.

Es hat daher an Versuchen nicht gefehlt, mit Hilfe von modernen arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten auch für derartige, besonders kritisch gelagerte Fälle eine den Verhältnissen entsprechende Lösung zu finden.

Nach dem von Oertmann [2]) aufgestellten Grundsatz der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäfts- und Betriebskreis muß jeder Vertragsteil die Folgen tragen, die durch ein in seiner Geschäftssphäre liegendes Versagen entstanden sind. Der Arbeitgeber muß alle Risiken tragen, die in der Natur der Kapitalbeschaffung, der Betriebsbereitschaft liegen und daher zur Interessensphäre des Arbeitgebers gehören. Zum Gefahrenkreis des Arbeitnehmers sind alle in seiner Person und seinem Einwirkungsbereich auftretenden Ereignisse zu rechnen. Zu den zu Lasten des Arbeitnehmers zählenden Umständen gehören die Fälle, in denen der Arbeitnehmer infolge Truppenabsperrung oder Stillegung der Eisenbahn nicht zur Arbeitsstätte gelangen kann [3]).

Im Falle des oben angeführten Teilstreikes könnte im Sinne der soeben erörterten dogmatischen Betrachtungsweise der Arbeitnehmer mit Recht anführen, dieses Ereignis sei **nicht** in seinem Gefahrenkreis entstanden, er habe durch ordnungsmäßiges Anbieten seiner Arbeitskraft die ihm obliegenden vertraglichen Pflichten erfüllt und behalte daher gemäß § 615 BGB. seinen Lohnanspruch.

---

1) Vgl. Titzes Ausführungen, S. 19 ff. dieser Arbeit.

2) Das Recht, 1922, S. 5 ff.; NZfArbR., S. 169; Leipz. Zeitschr., 1927, 1184; vgl. auch S. 17 oben dieser Arbeit.

3) RG. 92, 177; GKG. 24, 256; DJZ. 1918, 328; eine andere Frage ist, ob § 616 BGB. Anwendung zu finden hat.

Diese Folgerung ergibt sich zwangsläufig aus einer Betrachtung der Sachlage vom Standpunkt des **einzelnen** Arbeitnehmers aus gesehen. Tritt aber nicht eine Verschiebung der Betrachtungsweise ein, wenn man anstatt des **einzelnen** Arbeitnehmers die **gesamte** Arbeitnehmerschaft, als Kollektivum zusammengefaßt, als den Vertragsgegner des Arbeitgebers ansieht? Es steht dann dem Arbeitgeber nicht mehr **jeder einzelne** Arbeitnehmer als solcher, sondern nur als ein Bruchteil der **Gesamtbelegschaft** gegenüber. Der Verantwortungskreis des **einzelnen** Arbeitnehmers umfaßt dann nicht mehr nur die in seiner Person und seinem Einwirkungskreis liegenden Belange, sondern er erweitert sich und es sind ihm alle Ereignisse hinzuzurechnen, die in der Gesamtheit der Arbeiterschaft als solcher ihren Grund hätten.

§ 10. Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft; kritische Stellungnahme zu dem vom Reichsgericht bezw. Reichsarbeitsgericht verwerteten Begriff der Betriebsverbundenheit.

Die dem Bürgerlichen Gesetzbuch an sich fremde **kollektivistische Betrachtungsweise** hat sich seit dem Ende des Krieges allmählich ausgebreitet, zumal da auch im Artikel 165 der Reichsverfassung und im Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 diese neuen Gedanken ihren Niederschlag gefunden haben. Wenn daher einige Dogmatiker, — wie z. B. Krückmann [1]) — der Ansicht sind, daß an dem Grundwesen „des individuellen Arbeitsvertrages bis heute noch nicht gerührt sei", so leugnen sie unberechtigt die in heutiger Zeit zu beachtenden arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte [2]).

Das Reichsgericht [3]) hat im Jahre 1923 bei Behandlung der Frage, ob dem arbeitswilligen Arbeitnehmer bei Teilstreik der Lohnanspruch zustehe, zum ersten Male diese neue Gedankenwelt zur Beurteilung herangezogen, indem es die gesamte Arbeitnehmerschaft zu einer **Betriebsgemeinschaft** gegenüber dem Arbeitgeber zusammengefaßt hat. Später im Jahre 1928 hat sich das Reichsarbeitsgericht [4]) ebenfalls diese neuartige Betrachtungsweise zu eigen gemacht und hat für die meisten in Betracht kommenden

1) Leipziger Zeitschrift 1926, Sp. 9.
2) Vergl. Entgegnung von Oertmann, Leipz. Zeitschr. 1927, Sp. 1177 ff.
3) Bd. 106, 272.
4) RAG., Amtl. Slg. 274; Bensheimer, RAG. 3, 116; KA. Blatt „Betriebsrisiko" Einzelfälle Nr. 3.

Fälle der Betriebsstörungen bestimmte Richtlinien aufgestellt. In diesem Sinne hat bis heute die Praxis ihre Entscheidung gefällt[1]).

In seinem Urteil vom 6. Februar 1923[2]) sagt das Reichsgericht einleitend, daß man, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu kommen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen dürfe, vielmehr die **sozialen Verhältnisse ins Auge fassen** müsse[3]). . . . Das Bürgerliche Gesetzbuch trage sozialen Rücksichten vielfach Rechnung und das treffe namentlich auch für das Recht des Dienstvertrages (vgl. §§ 617, 618, 619 u. a.) zu. Immer aber werde dabei nur das Rechtsverhältnis jedes einzelnen Dienstpflichtigen zu Dienstberechtigten betrachtet. Das BGB. stehe also den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend auf einem individualistischen Standpunkt . . .".

Dieser vom Reichsgericht vertretenen Auffassung schließt sich das Reichsarbeitsgericht[4]) an und führt aus, daß „die Lösung der Frage nicht allein und auch nicht in erster Linie aus dem § 323 und § 615 BGB., sondern aus dem **modernen Arbeitsrecht** und den modernen **Arbeitsverhältnissen** zu entnehmen sei. Der zur Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches für Dienstverhältnisse maßgebend gewesene individualistische Standpunkt könne für die heutige Zeit nicht mehr die Bedeutung beanspruchen, die er damals gehabt habe, da inzwischen der **Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft** . . . anerkannt und festgelegt worden sei. Gewiß setze das Tätigwerden des einzelnen Arbeiters in einem Betriebe auch heute noch den Abschluß eines Einzelvertrages voraus. Aber mit ihm stehe wenigstens in größeren Betrieben der einzelne Arbeiter dem Arbeitgeber und dem Betriebe nicht mehr als **Einzelarbeiter** gegenüber. Er werde vielmehr **organisches Mitglied des Betriebes,** indem er zunächst in die Arbeitnehmerschaft, durch sie in eine Verbundenheit mit dem Betriebe selbst und auf diese Weise mittelbar auch mit dem Arbeitgeber, dem Unternehmer, eintrete. Er sei nicht mehr ein **bloßes Werkzeug** des letzteren, sondern ein **lebendiges Glied** der zwischen diesem und der Arbeitnehmerschaft **bestehenden Arbeitsgemeinschaft.** Das gemeinsame Zusammenwirken von

---

1) So z. B. RAG., Amtl. Slg., 3, 86; 4, 93; 4, 245; 5, 87; Urteil des RAG. 49/1928; 250/1928; 277/1928 in KA. Blatt „Betriebsrisiko" Einzelfälle 4,5 und 6; Bensheimer, RAG. 3, 129; 190, 4. 149; 5, 34; 38, 41; 111, 367; 7, 305; 415 und 467; 8, 261 und die in der Anmerkung Zitierten; 8, 407.

2) Das Reichsgericht entscheidet sich in rechtsdogmatischer Hinsicht für Anwendung der §§ 323, 615 BGB.

3) RG. 106, 272.

4) RAG., Amtl. Slg., 2, 74.

Unternehmer und Arbeiterschaft bilde heute die Grundlage des Betriebes, wie dies besonders in § 66 Betriebsrätegesetz zum Ausdruck komme.

Fortfahrend weist das Reichsarbeitsgericht darauf hin, daß der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr dem Arbeitgeber als ein **unbeteiligtes Einzelindividuum** gegenüberstehe, das nur seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen habe, vielmehr gehe er eine Verbundenheit mit dem Betriebe ein und sei daher auch zur Erhaltung desselben und zu dessen Wirtschaftlichkeit mit seiner ganzen Arbeitskraft verpflichtet. Den erweiterten Rechten der Arbeitnehmerschaft — unterstützende Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes. — stehen naturgemäß erweiterte Pflichten gegenüber, nämlich die **Mittragung einer gewissen Verantwortlichkeit** für den Betrieb. Damit Hand in Hand sei der Arbeitnehmer auch zur **Mittragung der Gefahr des Betriebes,** insbesondere der Gefahr der Betriebsstörung verpflichtet. Der Arbeitnehmer könne nicht die Folgen von Betriebsstörungen und Betriebsgefahren einfach damit ablehnen, daß er seine Dienste angeboten habe und zur Leistung der Dienste bereit gewesen sei.

Das Reichsarbeitsgericht lehnt ab, aus § 323 BGB. festzustellen, inwieweit der Arbeitnehmer die Betriebsgefahren mitzutragen habe. Es ist aber der Ansicht, daß aus § 323 BGB. der allgemeine Rechtsgedanke zu entnehmen sei, daß „die Folge von Ereignissen, die eine Betriebsstörung verursachen, den treffen, der diese Ereignisse zu vertreten hat. Zu vertreten hat aber jeder Teil nicht nur sein Verschulden, sondern auch alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahr fällt[1]). Ob diese dem einen oder anderen Teil zur Last zu legen ist, wird in letzter Linie aus § 242 unter dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben nach den Umständen des Falles zu entscheiden sein."

Auf Grund dieser Betrachtungen hat das Reicharbeitsgericht folgende Richtlinien aufgestellt:

1. in den Gefahrenkreis der Arbeitnehmer sollen solche Ereignisse fallen, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft selbst beruhen, auch soweit der einzelne am Einzelfall nicht beteiligt ist[2]).

---

1) Das Reichsarbeitsgericht verwendet also den von Oertmann aufgestellten Grundsatz der Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäfts- und und Betriebskreis und führt zu seiner Begründung den § 323 an; vgl. S. 34 dieser Arbeit.

2) Hierunter rechnet das Reichsarbeitsgericht vor allem den Fall des Teilstreikes, RG. 106, 272; RAG. Amtl. Slg., 2, 74.

2. in den Gefahrenkreis des Arbeitgebers dagegen sollen die Ereignisse fallen, die die Führung des Betriebes betreffen [1]).

3. Sowohl in den Gefahrenkreis des Arbeitgebers als in den der Arbeitnehmer sollen solche Ereignisse fallen, die sich so schwer auswirken, daß sie nicht nur die Führung, sondern auch den Bestand beeinträchtigen, den Betrieb vernichten oder längere Zeit lahmlegen [2]).

4. In den Gefahrenkreis beider Parteien sollen weiterhin alle gänzlich unvorhergesehenen, in dem Fabrikationszweig überhaupt noch nicht vorgekommenen und durch irgend zumutbare Maßnahmen nicht vermeidbaren Ereignisse fallen [3]) [4]).

Damit hat die höchstrichterliche Rechtsprechung die **„Idee des sozialen Kräfteausgleichs“** [5]) anerkannt. Der für vorliegendes Problem zu enge individualistische Standpunkt hat dem modernen arbeitsrechtlichen Grundsatz des Kollektivismus weichen müssen. Die starren Regeln der §§ 323, 615 BGB. dürfen nicht mehr einseitig zu Lasten des Arbeitgebers verwandt werden, vielmehr muß die heutige rechtliche und tatsächliche Stellung des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden.

Die Arbeitnehmerschaft hat sich zusammengeschlossen. Ihre Organisationen sind mit besonderen Rechten ausgestattet und durch das Betriebsrätegesetz sanktioniert worden [6]).

Das Reichsarbeitsgericht hat Recht, den Betrieb als solchen als eine **organische Einheit** anzusehen; die Grundlage des Be-

1) Hierunter versteht das Reichsarbeitsgericht Kohlenmangel, Stromsperre, Maschinendefekt, Ausbleiben von Aufträgen, Inventuraufnahme usw.; RAG. Amtl. Slg. 1, 339 und 357; 3, 86; 4, 93, 202 und 245.

2) Hierunter fallen besonders Naturereignisse und höhere Gewalt; RAG. Amtl. Slg., 2, 74 und 4, 245.

3) Das Reichsarbeitsgericht hat wohl wiederum an höhere Gewalt gedacht, z. B. RAG. Bensheimer, 5, 38; Joerges, Arbeitsrecht und Schlichtung, 1930, Sp. 30 ff.

4) Sowohl die RGE. im 106. Bande als auch das Urteil des Reichsarbeitsgerichts in Amtl. Slg. 2,74 sind teilweise heftig kritisiert worden. Es sei erwähnt Hueck in JW, 1923, 831 Ziff. 8, in Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 334 ff. in Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 199 ff, in Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 199 ff., in Bensheimer, RAG., Bd. 3, S. 143 Anm. — Sinzheimer in JW. 1923, S. 31, Ziff. 8, in JW. 1923, S. 852, in Schriften der Vela 1929, S. 20 ff. — Hedemann, a. a. O., S. 40 bezw. 208 ff. — Potthoff, Arbeitsrecht, 1923, 673; Joerges, Arbeitsrecht und Schlichtung 1929, 268, 293; 1930, 30.

5) Hedemann, a. a. O., S. 209 bezw. 41.

6) Siehe z. B. die gesetzlich anerkannte Tariffähigkeit der Gewerkschaften.

triebes bildet das **gemeinsame Zusammenwirken**; erst durch dieses wir der ordnungsmäßige Lauf des Betriebes garantiert. Man kann daher jeden am Betrieb beteiligten Arbeitnehmer in gewisser Hinsicht als ein Glied des Organismus betrachten [1]).

Hiervon ausgehend hat das Reichsarbeitsgericht den Begriff der Betriebsverbundenheit als den maßgebenden Faktor hingestellt. Es ist der Ansicht, daß Betriebsverbundenheit sich sowohl als eine Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander als auch eine Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft mit dem Betriebe darstelle. Aus ersterer sei zu entnehmen, daß der einzelne Arbeitnehmer für solche Ereignisse einzustehen habe, die auf dem Verhalten der Arbeitnehmerschaft beruhten; aus letzterer folge, daß der Arbeitnehmer auch solche Ereignisse mitzuvertreten habe, die nicht nur die Führung des Betriebes, sondern auch dessen Bestand beeinträchtigen.

Die vom Reichsgericht bezw. Reichsarbeitsgericht entwickelten Gedankengänge haben auch in der Literatur [2]) Zustimmung gefunden; doch hat man die auf den Begriff „Betriebsverbundenheit" sich aufbauende Begründung fast durchweg abgelehnt.

Das Reichsarbeitsgericht verwendet den Begriff „Betriebsverbundenheit" bei der Frage, ob dem Arbeitnehmer der Lohnanspruch zusteht oder nicht. Es handelt sich also um eine Entscheidung vermögensrechtlicher Art. Wenn hierbei dieser Begriff zu Gunsten oder Ungunsten einer Partei eine ausschlaggebende Rolle spielen soll, so muß er auch vermögensrechtlicher, d. h. besser ausgedrückt, **schuldrechtlicher Natur** sein. Zu diesem Zwecke ist daher sein rechtlicher Charakter zu untersuchen.

In der Zeit vor dem Kriege waren zweifellos in betrieblicher Hinsicht die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmerschaft nur sehr lockere. Die Person des Betriebsinhabers stellte die gesamte rechtliche Einheit des Verbandes dar [3]). Ihm allein stand das Direktionsrecht zu. Er bestimmte den Lauf des Produktionsprozesses. Er verwertete die im Betriebe geschaffenen Produkte. Es stand in seinem Belieben, Arbeitnehmer einzustellen und zu entlassen. Ebenso wie ihm die Erträgnisse des Betriebes gebührten, mußte er die Lasten tragen. Er war zweifellos „Herr im Hause". Keinerlei Schranken waren ihm auferlegt.

Diese Lage hat sich seit der Revolution geändert. Die Bestrebungen der radikalen Elemente gingen darauf hinaus, die

---

1) Vgl. Simson, a. a. O., S. 25.

2) So Hueck-Nipperdey a. a. O., S. 200, der im Ergebnis mit den RS., bezw. RAS. übereinstimmt, die Verwendung des Begriffes „Betriebsverbundenheit zur Begründung aber ablehnt.

3) Vgl. v. Gierke, a. a. O.

Direktionsgewalt dem Arbeitgeber zu nehmen und an ihre Stelle das Alleinbestimmungsrecht der Arbeitnehmerschaft zu setzen. Diese Tendenzen haben nur teilweisen Erfolg gehabt. Sie haben, wie oben[1]) schon kurz ausgeführt, im Artikel 165 der Reichsverfassung und im Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 ihren Niederschlag gefunden. Es stand nunmehr den Arbeitnehmern das Recht zu, Betriebsvertretungen (Betriebsräte) zu wählen, denen weitgehende Befugnisse in der Verwaltung des Betriebes zustanden. Sie sollten nicht nur die gemeinsamen sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer — und Angestelltenschaft wahrnehmen, sondern ihnen steht auch eine Einflußnahme auf die Betriebsleistung zu[2]).

Damit hat der Arbeitgeber sein unumschränktes Direktionsrecht verloren. In der Verwaltung des Betriebes muß er auf Wünsche und Ansichten der durch die Betriebsräte vertretenen Arbeitnehmerschaft Rücksicht nehmen. Insofern besteht also eine **Gemeinschaft** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft.

Sinzheimer[3]) weist mit recht darauf hin, daß im Einzelbetriebe gewisse, sich auf verschiedene Gebiete erstreckende Funktionen bestehen,

a) eine Herrschaftsfunktion, z. B. Einstellen und Entlassen von Arbeitnehmern;

b) eine Verwaltungsfunktion, z. B. Aufstellen einer Betriebsordnung.

c) eine Verwertungsfunktion, d. h. Funktionen vermögensrechtlicher Art[4]).

Die durch das Betriebsrätegesetz geschaffene Gemeinschaft erstrekt sich aber nur auf die Gebiete a) und b). An der Verwertung des im Betriebe geschaffenen Erzeugnisses ist der Arbeitnehmer nicht beteiligt. Wenn daher von einer Gemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft gesprochen werden darf, so kann sie nur im Sinne einer **gemeinsamen Verwaltung** des Betriebes, keinesfalls aber in **vermögensrechtlicher** Beziehung gemeint sein.

Die Begründung des Reichsgerichts bezw. des Reichsarbeitsgerichts mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die durch das Betriebsrätegesetz sich ergebende Verbundenheit ist daher nur eine **konstruktive,** die im Gesetz keine Stütze findet.

---

1) S. 35 dieser Arbeit.

2) § 1 Betriebsrätegesetz spricht von Unterstützung des Arbeitnehmers **in** der **Erfüllung** des **Betriebszweckes.**

3) JW. 1923, 832,

4) Aehnlich Neumann, Arbeitsrecht und Praxis, 1928, S. 222.

Es mag zugegeben werden, daß eine derartige Vermögensgemeinschaft zwar bei solchen Unternehmungen bestehen kann, bei denen der Arbeitnehmer am Gewinn beteiligt ist, wie dies verschiedentlich vorkommt[1]). Aber bei der weitaus größten Zahl der Betriebe ist dies nicht der Fall. Für sie paßt daher keineswegs die vom Reichsarbeitsgericht gegebene Konstruktion[2]).

Selbst für den Fall, daß man von den Mängeln absieht, die dem reichsarbeitsgerichtlichen Urteil hinsichtlich der Verwendung des Begriffes „Betriebsverbundenheit" anhaften so sind m. E. auch die vom Reichsarbeitsgericht gegebenen Richtlinien zu 3. und 4. sehr bedenklich. Das Reichsarbeitsgericht macht einen Unterschied zwischen den Ereignissen, die einmal den Bestand, das andere Mal die Führung des Betriebes betreffen. Damit bringt es eine Anzahl von neuen unbestimmten Begriffen in seine Richtlinien. Welches sind die den Bestand, welches sind die die Führung des Betriebes gefährdenden bezw. beeinträchtigenden Ereignisse? Als Beispiel für ein den Bestand des Betriebs gefährdendes Ereignis wird man, da das Reichsarbeitsgericht bei dieser Gelegenheit von Naturereignissen spricht[3]), die Vienenburger Katastrophe anführen können[4]).

Es ist doch nun wieder denkbar, ein solches Ereignis der Partei zuzurechnen, die die Führung des Betriebes zu vertreten hat, da dem Unternehmer das einwandfreie Funktionieren aller Betriebsbestandteile, seien es Anlagen, Maschinen oder Stellen von Rohstoffen, obliege[5]). Klarheit schafft das Reichsarbeitsgericht durch Aufstellen solcher allgemeinen Richtlinien keineswegs.

Die besprochenen Urteile haben auch einen starken Widerspruch ausgelöst. Hueck[6]) stellt ebenfalls ausdrücklich fest, daß eine Vermögensgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und der Arbeitnehmerschaft nicht bestehe. Gerade weil die tatsächlichen Betriebsbestandteile zum Vermögen des Arbeitgebers gehören und ihm allein die Herrschaft über diese Gegenstände zustehe, müsse man nach dem Prinzip, daß jeder Teil die in seine Sphäre fallenden Ereignisse zu vertreten habe, an sich im Falle 3 der vom Reichsarbeitsgericht gegebenen Richtlinien genau zum entgegengesetzten Ergebnis kommen. Im Fall zu 4 hält er die Abstellung

1) z. B. bei den Zeißwerken in Jena.

2) vgl. Hueck, a. a. O., S. 334 ff. und in Bensheimer, RAG., 3, S. 123 Anm.; Sinzheimer, Schriften der Vela, 1929, S. 32 ff. unter 2 b) β.

3) Vgl. Anm. 2 u. 3 auf S. 38 dieser Arbeit.

4) Große Wassermengen, die infolge von Erdverschiebungen in die Kalischächte eingedrungen waren, machten einen weiteren Abbau unmöglich.

5) Vgl. Hueck in RAG.; Bensheimer, 3, 127, Anm.

6) a. a. O., S. 127.

auf den Grad der wirtschaftlichen Nachteile ebenfalls für sehr gefährlich, da dementsprechend dem reicheren Betriebsinhaber ein größeres Betriebsrisiko aufgebürdet würde als dem ärmeren. Im letzteren Falle wäre durch die Lohnzahlung der Bestand des Betriebes mehr gefährdet als im ersteren.

Sinzheimer [1]) stellt fest, daß das Reichsarbeitsgericht zwischen einer Verbundenheit der Arbeitnehmer untereinander und einer solchen der Arbeitnehmerschaft mit dem Betriebe unterscheidet. Er geht zunächst auf erstere ein mit dem Hinweis, daß die Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft untereinander nach dem heutigen Rechte nichts anderes als eine **gleichheitliche Unterworfenheit** aller Arbeitnehmer unter die **dirigierende Dienstgewalt** des Arbeitgebers sei. Sie entspringe nicht den schuldrechtlichen Beziehungen, sondern lediglich dem gewaltrechtrechtlichen Verhältnisse, in dem die Arbeitnehmerschaft zum Arbeitgeber stehe [2]). Nach ihm beruht das einheitliche Zusammenwirken der Arbeitnehmer eines Betriebes **nicht** auf einer Schuldgemeinschaft, sondern auf einer Gewalteinheit, der alle Arbeitnehmer unterworfen sind.

Diese Auffassung Sinzheimers läßt darauf schließen, daß er der oben (S. 31 ff. dieser Arbeit) erwähnten Personenrechtstheorie von Potthoff und Harmsen nahesteht. Diese weitgehenden Folgerungen Sinzheimers, der von einer Herrschaft über Personen, von einem Gewaltverhältnis spricht, finden ihre Erklärung in seiner durch seine marxistische Betrachtungsweise bedingten Auffassung des Kapitalismus. Diese Gedankenwelt paßt aber weder ohne weiteres zu den Maximen des Bürgerlichen Gesetzbuches, noch entspricht sie vollkommen den heutigen modernen arbeitsrechtlichen Anschauungen [3]). Im übrigen ist aber seiner Kritik, die er in Hinsicht auf die vom Reichsarbeitsgericht fingierte **vermögensrechtliche Verbundenheit** der Arbeitnehmer mit dem Betriebe übt, zuzustimmen [4]) [5]).

---

1) a. a. O., S. 27.

2) Sinzheimer, a. a. O., S. 30 und Grundzüge des „Arbeitsrechts", S. 7ff., 117ff., 144ff., insbesondere S. 168ff.

3) Vgl. Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 27; ferner S. 32 dieser Arbeit.

4) Vgl. S. 40/41 dieser Arbeit.

5) Sinzheimer will die Frage des Betriebsrisikos **nur streng dogmatisch** gelöst wissen; er kommt daher zum Ergebnis, daß gemäß §§ 615, 323 BGB. **grundsätzlich** das Betriebsrisiko der **Arbeitgeber** zu tragen habe. Eine Ausnahme läßt er nur zu, wenn dem Lohnanspruch die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden kann, z. B. wenn offensichtlich ist, daß auf Grund gegenseitigen Einverständnisses nur ein Teil der Arbeitnehmerschaft streikt, um größere Unkosten zu ersparen.

Sein Widerspruch bezieht sich noch auf weitere Punkte. Er hält außerdem die Art der Rechtsfindung, von der das Reichsarbeitsgericht ausgeht, für verfehlt[1]). Er weist zunächst darauf hin, daß das Reichsgericht[2]) noch versucht habe, das „aus sozialen Verhältnissen" gewonnene Ergebnis mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und zwar den §§ 323, 615 BGB. in Uebereinstimmung zu bringen. Das Reichsarbeitsgericht[3]) lasse sich auf die Streitfrage der §§ 323, 615 BGB. garnicht ein, sondern stütze **ohne weiteres** seine Entscheidung **auf § 242 BGB.** Er wirft dem Reichsarbeitsgericht vor, es hätte prüfen müssen, ob § 615 oder § 323 BGB. den Fall des Betriebsrisikos ergreife oder nicht. Wenn es die Entscheidung des Falles auf § 242 BGB. abstelle, so würde es der von Stammler[4]) vertretenen, aber allgemein abgelehnten Ansicht folgen, daß § 242 BGB. ein **Rechtssatz** sei. Demgegenüber enthalte § 242 BGB. nur eine **Auslegungsregel** für die schuldnerische Leistung[5])[6]).

Zur Bekräftigung seiner obigen Vorwürfe führt Sinzheimer an, daß der vom Reichsarbeitsgericht aus § 323 BGB. abgeleitete Satz, jeder Teil habe nicht nur sein Verschulden, sondern auch alles, was in den Kreis der von ihm zu tragenden Gefahr falle, zu vertreten, dem Grundsatz des § 276 BGB. widerspreche. § 276 BGB. bestimme eindeutig, was der Schuldner zu vertreten habe. Das Reichsarbeitsgericht durchbreche nicht nur das geltende Vertrags-, sondern auch das herrschende Verschuldungsprinzip[7]).

Oben[8]) ist schon einmal über den Begriff „Vertreten" gesprochen worden. Das dort gewonnene Ergebnis entspricht der hier wiedergegebenen Sinzheimerschen Auffassung. — Die Lagerung beider Fälle ist aber eine andere. Oben mußte **unter allen Umständen** darauf bestanden werden, daß unter „Vertreten" **nur** Verschulden im Sinne des § 276 BGB. zu ver-

---

1) Sinzheimer, a. a. O., S. 28; ebenso Neumann, a. a. O., S. 219; a. M. Bendix, Arbeitsrecht, 1929, S. 128 ff.

2) RG. 106, S. 277.

3) RAG., Amtl. Slg. 2, 74.

4) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 53.

5) Ebenso Neumann, a. a. O.. S. 219, der sagt, daß das Reichsarbeitsgericht sich gesetzgeberische Aufgaben zuerkannt habe. Es sei ein **Sieg** des **Freirechtsgedankens,** der Idee, daß der Richter als Richterpersönlichkeit unter weitherziger Auslegung des § 242 BGB. Rechtsnormen beseitigen dürfe; a. M. Benedix, a. a. O., S. 128 ff.

6) Ob und inwieweit die Sinzheimerschen Vorwürfe berechtigt sind, wird mein Lösungsversuch zeigen, vgl. IV, § 14.

7) Sinzheimer, a. a. O., S. 29.

8) S. 29/30 dieser Arbeit.

stehen ist; denn es handelte sich oben um die Abgrenzung des § 324 BGB., d. h. einer positiven Bestimmung des Gesetzes. Anders hier. Das Reicharbeitsgericht wollte unter dem Begriff „Vertreten" alle Ereignisse zusammenfassen, die in den **Gefahrenkreis** eines Teiles der Vertragsparteien fielen. Das Reicharbeitsgericht wollte mit Verwendung dieses Wortes den Begriff des bürgerlich-rechtlichen Vertretens weder auslegen noch ausdehnen[1]), sondern nur **Tatsachen würdigen.**

Ebenso wie Sinzheimer lehnt auch Joerges[2]) eine Entscheidung unseres Problemes auf Grund des § 242 BGB. ab. Er glaubt die Lösung mit Hilfe der §§ 615, 323 BGB. zu finden, fordert aber **nicht** die **streng einseitige Anwendung** der positiv rechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vielmehr soll nach ihm gemäß § **157** BGB. geprüft werden, wie die Folgen von Betriebstörungen zwischen den Parteien zu verteilen sind. Er kommt hierbei zum Ergebnis, daß der Arbeitgeber grundsätzlich das Betriebsrisiko zu tragen hat. Eine Ausnahme zu Gunsten des Arbeitgebers läßt er nur zu bei besonders gelagerten Fällen, wie z. B. bei Teilstreik zu[3]).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Theorie der „Betriebsverbundenheit", wie sie das Reichsarbeitsgericht aufgestellt hat, nicht zur endgültigen Lösung des vorliegenden Problemes verhilft. Wie aber oben[4]) schon ausgeführt wurde, ist zu begrüßen, daß der Versuch des Reichsarbeitsgerichtes, eine Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft zu konstruieren, sich auf dem modernen arbeitsrechtlichen Gesichtspunkte des **Kollektivismus** aufbaut. Mit dessen Anerkennung wird aber auch der Weg frei zur Verwendung des Begriffes der **Solidarität,** was für die Frage des Teilstreiks von großer Bedeutung sein wird.

---

1) Vgl. Joerges, a. a. O., S. 295.
2) Joerges, a. a. O., 1929, Sp. 268 ff. und 293 ff.; 1930, Sp. 30 ff.
3) Joerges will m. E. das Richtige. Mein unten darzulegender Lösungsversuch wird in der Begründung in etwa den Gedankengängen von Joerges entsprechen.
4) S. 39 dieser Arbeit.

IV. Eigner Lösungsversuch.

1. Für die Frage des Teilstreiks.

§ 11. Begriff der Solidarität.

Was ist Solidarität? Als das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen wurde, standen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Einzelpersönlichkeiten gegenüber. Dem Arbeitnehmer war es überlassen, seine Rechte gegenüber dem Arbeitgeber als **Einzelpersönlichkeit** zu wahren. Mit Entwicklung der arbeitsrechtlichen Anschauungen und ihrer Sanktionierung durch das Betriebsrätegesetz hat sich der Zustand in tatsächlicher Hinsicht so weit geändert, daß heute die Arbeitnehmerschaft eines jeden Betriebes eine **geschlossene Einheit** bildet und als Kollektivum anzusehen ist. Die Aufnahme des einzelnen Arbeitnehmers in die Arbeitsgemeinschaft hat heute etwas Zwangsläufiges. Es spricht nicht dagegen, daß unter Umständen der einzelne Arbeitnehmer eine ganz andere Gesinnung wie die übrigen Arbeitskollegen hat. Es macht auch nichts aus, daß der Arbeitnehmer keiner oder einer anderen Gewerkschaft angehört; denn schon die bloße tatsächliche Zugehörigkeit zu einem und demselben Betriebe macht ihn ipso jure zum Mitglied dieser Einheit.

Daß de facto eine solche Entwicklung der Verbundenheit stattgefunden hat, läßt sich nicht nur durch den wirtschaftlichen und politischen Machtzuwachs der Arbeitnehmerschaft, sondern auch besonders aus der Tatsache, daß heute der eine Arbeitnehmer den anderen in weitgehendem Maße beeinflussen kann, erklären. Es ist Oertmann[1]) zuzustimmen, wenn er sagt, daß man den **Arbeitswilligen** bei einem ihnen wirklich mißliebigen Teilstreik **zumuten** könne, auf die **Streikenden** einen **Druck auszuüben,** und, wenn diese in der Mehrzahl sind, sie dem Odium eines unkameradschaftlichen Egoismusses auszuliefern.

1) NZfArbR. 1922, Sp. 465.

Weiterhin muß hervorgehoben werden, daß die Arbeitnehmer nicht nur wesentlichen Einfluß auf die Lohngestaltung, auf die Arbeitsbedingungen gewonnen haben, sondern gerade auf die **Fortsetzung** und **Unterbrechung** der **Arbeit**; denn der Streik gibt in sehr vielen Fällen den Ausschlag zur Verbesserung ihrer wirtschaftlichen und betriebsrechtlichen Stellung. Es darf sich daher der Arbeitnehmer, der so viele **Vorteile** durch das **kollektive System** erhalten hat, nicht darüber beklagen, daß diese neuen Rechtsgedanken auch zu seinen Ungunsten verwertet werden — besonders, wenn diese wie beim Streik große wirtschaftliche Schäden nach sich ziehen können[1]).

Man muß daher zwangsläufig zu dem Ergebnis kommen, daß unter den Arbeitnehmern eine **tatsächliche Abhängigkeit** und **wirtschaftliche Verbundenheit** besteht. Mit Anerkennung der Tariffähigkeit der Gewerkschaften kann man von einer **gesetzlich festgelegten Fiktion** sprechen.

§ 12. Umfang der Solidarität.

Wann aber ist die Solidarität der Arbeitnehmer so beschaffen, wie fest muß die Verbundenheit der solidarischen Arbeitnehmer sein und auf welchen Grundlagen muß sie beruhen, soll sie ein solches Einstehenmüssen des einzelnen für die Gesamtheit zur Folge haben?

Die Meinungen in diesem Punkte gehen in der Theorie sehr auseinander. Die Praxis hat zu dieser Frage noch nicht oder doch nur sehr zögernd Stellung genommen. Bendix[2]) hat richtig das „Eigenartige und Tragische" gekennzeichnet, das darin liegt, daß „die Gegner Gedankengänge und Begründungen vortragen, die aus der Weltanschauung des anderen Teils entnommen sind". So versucht Sinzheimer[3]), der im übrigen weltanschaulich durchaus auf dem Boden des Marxismus[4]) und dadurch auch auf dem des Kollektivismus steht, sich durchaus individualistischer Gedankengänge zu bedienen, um zu dem von ihm erstrebten Ziele, das Risiko dem Arbeitgeber aufzubürden, zu gelangen. Umgekehrt hat Titze[5]) mit dem Begriff der Solidarität weitgehend operiert.

---

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, a. a. O., 1928, S. 200; Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 171, der dort seine früher in GKG. Bd. 25, S. 5ff. aufgestellte gegenteilige Ansicht ausdrücklich zurücknimmt.

2) a. a. O., 1929, S. 138.

3) a. a. O., 1929, S. 30ff.

4) Vgl. auch S. 42 dieser Arbeit.

5) a. a. O., 1922, S. 550.

Streng konsequent bleibt lediglich Potthoff[1]), der seine weltanschauliche Grundauffassung des Kollektivismus nicht verläßt, um damit die Lage des Arbeitnehmers zu verbessern. Bendix[2]) hat richtig ausgeführt, daß „die kollektivistischen Gedankengänge, die von einzelnen zur Begründung eines individualistisch erstrebten Zieles zu Gunsten der Arbeitgeberschaft angewandt werden, schließlich doch von ihnen Besitz ergreifen und zu Gunsten der Arbeitnehmerschaft ausschlagen werden". Das Gleiche ist natürlich für den umgekehrten Fall zu sagen.

In großen Zügen vertreten Hueck[3]), Titze[4]), Potthoff[5]) und Oertmann[6]) in verschiedenem Maße die Ansicht, daß es im Sinne moderner Rechtsanschauungen liege, den **Arbeitnehmer am Betriebsrisiko teilnehmen** zu lassen. Antipode ist Sinzheimer[7]), ihm sich anschließend Neumann[8]).

Die Praxis hat zu der Frage, jedenfalls, was die Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts anbelangt, eine eindeutige Stellungnahme vermieden. Das letztere[9]) hat lediglich zum Ausdruck gebracht, daß aus der Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft desselben Betriebes sich eine Entscheidung nicht gewinnen lasse. Es ist anzunehmen, daß das Reichsarbeitsgericht sich hierbei von dem Gedanken hat leiten lassen, der unten[10]) noch dargelegt wird, daß es bedenklich erscheinen muß, Rechtsgedanken, die sich noch nicht im Rechtsempfinden der Allgemeinheit durchgesetzt haben, einer Entscheidung zu Grunde zu legen, daß es sich vielmehr darauf beschränken muß, das formelle Recht mit dem Rechtsempfinden in Einklang zu bringen. Des weiteren wird das Reichsarbeitsgericht es vermieden haben, hier wie in anderen Fällen[11]), allgemeine Richtlinien aufzustellen, aus der Erwägung heraus, daß Entscheidungen ganz auf den einzelnen Fall abzustellen sind.

Es ist von der Wissenschaft mancher beachtliche Gedanke zu der Frage der Umgrenzung der Solidarität geliefert worden. Diejenigen, die grundsätzlich bejahen, daß eine Solidarität innerhalb der Arbeitnehmerschaft unter gewissen Voraussetzungen be-

1) Potthoff, a. a. O., 1923, S. 673.
2) a. a. O., 1929, S. 139.
3) In Bensheimer, RAG., 3, 127 Anm. und in Hueck-Nipperdey, a. a. O., 1928, S. 200.
4) JW. 1922, S. 548.
5) a. a. O., 1923, 673.
6) Arbeitsrecht, S. 170.
7) a. a O., 1929, S. 20 ff.
8) a. a. O., 1928, S. 219.
9) Bensheimer, RAG., 7, 468 ff.
10) Vgl. § 14 dieser Arbeit.
11) Vgl. RAG. Amtl. Slg. 2, 74.

stehen kann, stellen in der Hauptsache ihre Entscheidung auf die Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitnehmer untereinander ab. So sollen die einzelnen Arbeitnehmer **einer Gewerkschaft** für einander einstehen müssen und auch die Mitglieder **verschiedener Gewerkschaften** füreinander verantwortlich sein, wenn sie die Möglichkeit haben durch Spitzenorganisationen aufeinander einzuwirken. Manche gehen noch weiter und verlangen, daß es gerade zum Aufgabenkreis der Spitzenorganisationen gehört, gemeinsam den Lohn festzusetzen. Auf der anderen Seite ist man [1]) bei einer konsequenten Auswertung des Solidaritätsgedankens für eine Bejahung der Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer über eine **konkrete wirtschaftliche Verbundenheit** hinaus, ja sogar über die Landesgrenze hinausgekommen.

Nach meinem Dafürhalten können ganz **allgemeine** Richtlinien gegeben werden. Die Entscheidung im einzelnen Falle muß die besonderen Umstände berücksichtigen. Als solche Umstände kommen in Betracht der **Grad der Gemeinsamkeit wirtschaftlicher,** insbesondere **lohnpolitischer Interessen,** die **Festigkeit** des **zusammengeschlossenen Verbandes** und die **Bewegungsfreiheit** des **einzelnen Mitgliedes** in diesem. Hinsichtlich des letzteren Punktes dürfte der Arbeitnehmer, der doch faktisch gezwungen ist einer Gemeinschaft anzugehören, billigerweise nicht in demselben Maße für deren Verhalten verantwortlich gemacht werden, wie derjenige, dem es freisteht, sich aus der Gemeinschaft zu lösen, der ihr aber doch weiterhin angehören will, um auch in Zukunft durch sie Vorteile zu haben.

Als Grundgedanken möchte ich freilich doch die Solidarität grundsätzlich da ablehnen, wo die Gemeinschaft sich über die Grenzen der Nation hinauserstreckt. Für die konsequenten Marxisten ist es freilich nur selbstverständlich, daß die Verbundenheit der Klasse über der des Volkes steht. Mir erscheint eine solche Wertung sowohl in ideologischer als auch in tatsächlicher Hinsicht verfehlt. Zwar ist nicht zu leugnen, daß durch gemeinsame Arbeiten der internationalen Institute [2]) Anknüpfungspunkte, insbesondere zwischen Gewerkschaften gleicher Weltanschauung, entstanden sind. Es hat aber ein praktisches Zusammenwirken dieser Arbeitnehmerorganisationen über die Grenzen des Landes hinaus in einer Weise, die es rechtfertigen würde, für Handlungen der **einen Gemeinschaft** die einer **anderen Nation** verantwortlich zu machen, bis heute sich nicht verwirklichen lassen.

---

1) Potthoff, a. a. O.

2) Z. B. Internationales Arbeitsamt in Genf.

Auf der anderen Seite muß es abgelehnt werden, eine Solidarität dann schon grundsätzlich zu verneinen, wenn es sich nicht um Arbeitnehmer ein und desselben Betriebes handelt.

§ 13. Auswirkung der Solidarität.

Ist im einzelnen Falle eine Solidarität der Arbeitnehmer erkannt, so bleibt diese Solidarität nicht ohne Wirkungen auf den Arbeitsvertrag. Unter Umständen ergibt sich aus der Solidarität die Verantwortlichkeit des arbeitswilligen Teiles der Arbeitnehmerschaft für den streikenden Teil seiner Genossen.

Entsprechend der Praxis vor dem Kriege fand die Frage, ob der Arbeitgeber, dem es infolge des Verhaltens des einen Teiles der Arbeitnehmerschaft nicht möglich war, die Arbeitssubstrate dem arbeitswilligen Teile zur Verfügung zu stellen, ihre grundsätzliche Regelung auf Grund des § 323 [1]). Es herrschte Einverständnis darüber, daß in einem solchen Falle die Leistung für die arbeitswilligen Arbeitnehmer **unmöglich** wurde. Für diesen Umstand war weder der Arbeitgeber noch der arbeitswillige Arbeitnehmer verantwortlich zu machen, und es wurden beide Teile von ihrer Leistungspflicht, somit auch der Arbeitgeber von der Pflicht der Lohnzahlung frei.

Mit dem Vordringen sozialer Ideen wandelte sich in jüngere Zeit mit Aenderung des Tatbestandes, wie oben geschildert, das Rechtsempfinden, und es wurde die Entscheidung des Gesetzgebers als unbillig empfunden. Solche Erwägungen mußten dahin führen, daß das Betriebsrisiko auf den Arbeitgeber abgewälzt wurde. Rechtlich wurde durch Schaffung einer neuen Konstruktion [2]) die Grundlage für das neue Empfinden geschaffen.

Aber diese neue Lösung ließ sich nur solange aufrechterhalten, als der Gedanke der Solidarität sich noch nicht durchgesetzt hatte. Mit seiner Anerkennung mußte die neugefundene Lösung als nicht mehr dem Rechtsempfinden entsprechend angesehen werden. Ist einmal erkannt, daß im einzelnen Falle ein Teil der Arbeitnehmerschaft für den anderen verantwortlich ist, so entspricht es nur dem Rechtsgefühl, saß diese Verantwortlichkeit sich auch praktisch auswirken soll.

---

1) Vgl. S. 12 und 15/16 dieser Arbeit.
2) Vgl. Trautmanns Ausführungen, S. 13ff. dieser Arbeit.

§ 14. Grundsätzliches zur Frage der Rechtsfindung; ihre Zulässigkeit und Bedeutung für die Lösung.

Die formelle Durchsetzung dieses Gedankens ermöglichen die §§ 133, 157, 242 BGB.

Sinzheimer und die Autoren, die ihm folgen, ziehen gegen eine solche Konstruktion mit scharfer Argumentation zu Felde [1]). Dem Richter liege es nicht ob, im Wege freier Rechtsfindung neue Rechtssätze zu schaffen.

Es muß gegen eine solche Auffassung, **alles Recht erschöpfe sich im Gesetz,** Einspruch erhoben werden. Richtig bemerkt schon Spiegel [2]): „Das Gebot des Gesetzes vermag der vielgestaltigen, stürmischen Bewegung des menschlichen Gemeinwesens nicht völlig Herr zu werden. Das vermag es nur im Bunde mit der lebendigen Macht eines unmittelbar ins Leben eingreifenden Willens. **Der Gesetzgeber denkt den Rechtsgedanken noch nicht fertig.** Erst die rechtsbeteiligten Personen, und, wenn diese nicht einmütig werden, erst der Richter denken ihn zu Ende". Und an anderer Stelle [3]): „Soll die Rechtswissenschaft ihrer Aufgabe entsprechen, so darf sie nicht sich darauf beschränken, den Gesetzesinhalt zu erforschen, sondern sie muß auch dem lebendigen Rechte ihre Aufmerksamkeit zuwenden . . . . daß seine Quelle nicht nur im Zentrum des Staates findet . . . . sondern auch in der Uebung, in der Gestaltung des Rechtes".

Aus den Ideen der französischen Revolution, wie sie insbesondere in der Montesquieuschen Lehre der Dreiteilung der Gewalten zum Ausdruck kommen, hat sich die Lehre des Positivismus entwickelt, die zu Ende des vorigen Jahrhunderts ihren Höhepunkt gefunden hat, heute aber ideenmäßig als überwunden zu gelten hat. Aus der Ueberwertung der Einzelpersönlichkeit wurde der Schutz des einzelnen gegen den einzelnen und gegen den Staat zum Dogma erhoben. Und man glaubte, die Freiheitssphäre des einzelnen nur dadurch wirksam schützen zu können, daß jede Eingriffsmöglichkeit von Staat und Gesetz in diese zum „Heiligtum" erhobene Freiheitssphäre von vorneherein **generell** festgelegt wurde. Hierbei wurde übersehen, daß Rechte für den einzelnen nur auf der Grundlage von Pflichten gegenüber der Allgemeinheit erwachsen können. Darüber hinaus wurde die Vielgestaltigkeit des Lebens und die stets wechselnden Situationen und Rechtsanschauungen übersehen, die durch eine kasuistische

---

1) Vgl. S. 43 dieser Arbeit.
2) **Gesetz und Richteramt 1885.**
3) Gesetz und Recht 1913, S. 19.

generelle Regelung niemals erschöpfend erfaßt werden kann. Die Wirklichkeit hat die Theorie des Positivismus, die auf dem Gebiete der Rechtsanwendung dazu führen mußte, den Richter zu einem reinen Ausführungsorgan zu machen und ihm jede freie Gestaltungsmöglichkeit zu nehmen, ad absurdum geführt. Als Reaktion wuchs zwangsläufig die Idee der Freirechtsschule, die ihrerseits in das entgegengesetzte Extrem gefallen ist.

In jüngerer Zeit hat sich eine Angleichung der beiden Anschauungen vollzogen, die m. E. den Notwendigkeiten nach jeder Richtung Rechnung trägt. Sie gibt die Möglichkeit, veraltete Rechtsgedanken, die nicht dem Rechtsempfinden mehr entsprechen, außer Kraft zu setzen und veränderten Verhältnissen und Anschauungen anzupassen; auf der anderen Seite eilt sie der Entwicklung nicht voraus, sondern **sanktioniert** lediglich die **allgemein** schon **anerkannten modernen Ideen** und erhält damit dem Gebäude des Rechtes die notwendige Sicherheit[1])

Hiernach läßt sich die Auffassung des strengen Positivismus, **alle Rechtsetzung erschöpfe sich im Gesetz,** nicht mehr halten. Erst die Gesamtheit aller Rechtserscheinungen bietet ein Bild der gesamten geltenden Rechtslage. Wenn die Verfassung nur unbestimmte Möglichkeiten der Rechtsgestaltung gibt, so schafft der Gesetzgeber innerhalb der von der Verfassung gegebenen Grundgedanken bestimmtere Wirklichkeiten. Nachdem so die Umrisse des rechtlichen Willens sichtbar geworden sind, erfolgt die Ausfüllung der Blankettnormen durch die Ausführungsgesetzgebung. Was diese nicht ausgefüllt hat, gibt der Verordnungsgewalt Betätigungsmöglichkeit, und doch besteht letzten Endes die Hauptarbeit in der Rechtsfindung, die an den konkreten Einzelfall anknüpft. Diese liegt dem Richter ob.

Es ist somit Sinzheimer[2]) nicht zuzustimmen, wenn er jede rechtsschöpferische Tätigkeit des zur Rechtsanwendung Berufenen ablehnt mit der Begründung, der Richter dürfe keine neuen Rechtssätze schaffen; gewiß muß sich der Richter in erster Linie nach dem Willen des Gesetzgebers richten. Dies ist aber nur **soweit**

---

1) Enneccerus, (a. a. O, § 53, II, III. und § 54) hat die Zulässigkeit der Rechtsfindung anerkannt und ausgeführt, daß die **Fortentwicklung des Rechtes** nach dessen eigenen Grundgedanken und Bedürfnissen und nach den Erfahrungen des Lebens zulässig und **unentbehrlich** sei. Er weist auf den im ganzen erfreulichen und schnellen Ausbau hin, den so manche Vorschriften des BGB. in den wenigen Jahren ihres Bestehens auf Grund der Rechtsfindung erfahren haben — man denke z. B. an die Rechtsprechung über § 826 oder über die exceptio doli oder über die positive Vertragsverletzung.

2) a. a. O., 1929, S. 28.

möglich, als sich dieser Wille **aus** dem **Wortlaut des Gesetzes** oder aber **aus** den **Motiven** finden läßt. Schließlich muß der Richter auch das Gewohnheitsrecht in Betracht ziehen. Ergibt aber eine Forschung der Materialien im obigen Sinne keine Anhaltspunkte, so sieht er sich vor die oben geschilderte Aufgabe gestellt, Recht zu schaffen. Es versteht sich, daß ihm hierbei aus seiner Stellung heraus immer noch Grenzen gesetzt sind. Er kann sich aber nicht mehr nach dem Willen des Gesetzgebers richten — da dieser ja nicht zu Tage getreten ist —, sondern es ist ihm aufgegeben, eigene Gedankengänge zu entwickeln; er muß nur darauf achten, daß er nicht als **Interessenvertreter** Recht spricht. Es liegt ihm die Aufgabe ob, die Entscheidung zu fällen, die **im Interesse des Gesamtwohles** erforderlich ist und dem derzeitigen **Rechtsempfinden** entspricht. Soziale Belange und Forderungen der Gesamtvolkswirtschaft sind zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.

Die formelle Handhabe für die oben geschilderte Rechtsfindung ist dem Gesetzgeber im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst gegeben. Die §§ 133, 157, 242 BGB. haben doppelte Funktionen: zum ersten der „Auslegung", d. h. der Auslegung im engeren Sinne und der Vertragsergänzung, die ihrerseits nicht geregelte, weil nicht bedachte Punkte klärt, den Weg zu weisen [1]), darüber hinaus aber zum zweiten formelle Grundlage für die Rechtsschöpfung zu werden, wenn die bestehenden Gesetze, sei es, daß die tatsächlichen Verhältnisse sich grundlegend geändert haben, sei es, daß das Rechtsempfinden sich gewandelt hat, mit diesen nicht mehr im Einklang stehen.

Es wurde oben ausgeführt, daß und inwieweit sich die Einstellung der zusammengeschlossenen Arbeitnehmerschaft, wie sie dem Arbeitgeber gegenübertritt, entscheidend geändert hat: die Arbeitnehmerschaft ist zur **Mitverwaltung** des Betriebes berechtigt. Die Wahrung **vermögensrechtlicher Interessen** für den einzelnen Arbeitnehmer wird dadurch gefestigt, daß die **Gesamtheit** dem **einzelnen** Arbeitnehmer den Lohnanspruch zu sichern und zu vergrößern sucht.

Wir gelangten zu einer Anerkennung der Solidarität der Arbeitnehmer, die es unter Umständen zwangsläufig mit sich bringt, daß umgekehrt der **einzelne** auch für zu seinen Ungunsten sich auswirkende Handlungen der **Gesamtheit** einzustehen hat.

Es entspricht daher **„Treu und Glauben",** wenn auf Grund der §§ 133, 157, 242 BGB. dem arbeitswilligen Arbeitnehmer bei

---

1) Vgl. Titze, JW. 1921, 453: Bericht der Juristischen Gesellschaft Frankfurt über den Vortrag Titzes „Richteramt und Vertragsinhalt".

Teilstreik, **soweit,** wie oben in großen Zügen umgrenzt, eine **Solidarität** der Arbeitnehmerschaft **besteht,** der Lohnanspruch versagt bleibt und **er** demnach das **Betriebsrisiko des Teilstreikes zu tragen hat.**

Wir haben die Entscheidung der speziellen Frage des Teilstreikes durch Rechtsschöpfung gewonnen. Ein Beweis dafür, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für diese Frage nicht mit dem Rechtsempfinden im Einklang stehen, ist der § 76 eines Entwurfes des Arbeitsvertragsgesetzes. Der Gesetzgeber hat es für nötig befunden, zu der Frage des Teilstreiks besonders Stellung zu nehmen, indem er den Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfallen läßt, wenn die Betriebsstockung durch Kampfmaßnahmen von Arbeitnehmern verursacht wird.

§ 15. Versuch einer Eingliederung der gefundenen Lösung in das geltende Recht.

Für die Anhänger des starren Rechtspositivismus, die nur eine Entscheidung mit Hilfe der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches kennen wollen, läßt sich m. E. auch die hier gefundene Lösung in die Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches einreihen. Bei der Frage, ob § 297 BGB. anzuwenden ist, darf nicht der alte tatsächliche Zustand zu Grunde gelegt werden, daß der Arbeitsfortgang allein von der Arbeitswilligkeit und Arbeitsfähigkeit des **Arbeitnehmers als Einzelperson** abhängig ist, sondern von der **solidarischen Gemeinschaft** der Arbeitnehmerschaft. Da entsprechend vorstehender Betrachtungsweise die Arbeitsleistung „kollektiv“ geschuldet wird, sind bei Teilstreik die arbeitswilligen und arbeitsfähigen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung außerstande. Die arbeitswilligen und arbeitsfähigen Arbeitnehmer haben mithin diesen Umstand zu vertreten[1]) im Hinblick auf die gegenwärtige tatsächliche Bedeutung des Einflusses der solidarischen Arbeitnehmerschaft auf den Arbeitsfortgang und die Arbeitsunterbrechung.

Die Anwendung des § 323 paßt für vorliegendes Ergebnis nicht; denn § 323 BGB. kennt bewußt nur eine objektive Unmöglichkeit der Leistung im schärfsten Sinne. **Grundlage der Entscheidung ist vielmehr § 616 BGB. Dies folgt aus dem argumentum e contrario.**

---

1) „Vertreten“ im Sinne der Gefahrtragung — von einem Verschulden der Arbeitswilligen im Sinne des bürgerlich-rechtlichen Vertretens kann nicht gesprochen werden; vgl. S. 43/44 dieser Arbeit.

Der Arbeitgeber soll zur Lohnzahlung verpflichtet sein, wenn der Arbeitnehmer für eine **verhältnismäßig** nicht **erhebliche Zeit** durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. — Wie oben festgestellt, liegt bei Teilstreik **die Arbeitshemmung im Gefahrenkreis der gesamten Arbeitnehmerschaft und damit auch in der Person des einzelnen arbeitswilligen Arbeitnehmers.** Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers soll gemäß § 616 BGB. nur bei im Verhältnis nicht erheblicher Verhinderungen des Arbeitnehmers bestehen bleiben. Bei Teilstreik genügt aber schon eine Arbeitsstockung von nur einem Tag, um dem Arbeitgeber eine Lohnzahlungspflicht nicht mehr zumuten zu können. Denn es handelt sich bei Teilstreik nicht um einen einzelnen Arbeitnehmer, sondern um eine größere Zahl der Gesamtbelegschaft. Dies ist aber, wirtschaftlich betrachtet, dem Fall gleichzusetzen, daß ein einzelner Arbeitnehmer für im Verhältnis erheblich lange Zeit seine Arbeit aus zwar unverschuldeten, jedoch aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht darbieten kann. Wie oben[1]) dargelegt, entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, den Arbeitnehmer nur bei geringen Arbeitsverhinderungen vor Lohnausfall zu bewahren, da das Tragen dieses Risikos dem wirtschaftlich stärkeren Arbeitgeber eher als dem Arbeitnehmer zugemutet werden kann. Eine größere finanzielle Beanspruchung, wie im vorliegenden Fall die Lohnzahlungspflicht bei Teilstreik sich darstellen würde, hat der Gesetzgeber mit Aufstellen der Ausnahmebestimmung des § 616 BGB. keineswegs gewollt[2]) [3]).

Mit Verwendung obiger Konstruktionen werden — um das, was als Recht empfunden wird, mit dem Gesetz in Einklang zu

---

1) S. 28 dieser Arbeit.

2) Vgl. S. 28 dieser Arbeit.

3) Im Ergebnis ebenso Hueck in Dersch-Flatow-Hueck-Nypperdey, 1926, Bd. 1, S. 340; in Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 200. In der Begründung geht Hueck insofern einen anderen Weg als er in dogmatischer Beziehung die Regel über die objektive Unmöglichkeit der Leistung, also den § 323 BGB. angewandt wissen will. — Ferner zustimmend Simson, a. a. O.; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 171 und Leiziger Zeitschrift 1927, Sp. 1177ff.; Potthoff, Arbeitsrecht, 1923, 677; Titze, JW. 1922, 550 und S. 19 dieser Arbeit. — A. M. Sinsheimer, JW. 1923, 831 und Schriften der Vela, S. 20ff.; Merschel, Arbeitsrecht, 1923, 681. — Höninger (JW. 1922, S. 1703ff.) hält eine Verantwortlichkeit für das vorsätzliche Handeln der anderen Arbeitnehmer nur für möglich bei einem persönlichen Vertrauensverhältnis, das aber zwischen den Arbeitnehmern nicht bestehe, da sie sich meistens nicht einmal persönlich kennen.

ringen — m. E. keineswegs die vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Kompetenzen überschritten[1]).

Auch ein eventuell von den Vertretern des starren Rechtspositivismus erhobener Vorwurf, es könne der Tatbestand, den offenbar der Gesetzgeber durch eine andere Norm (§§ 323, 615 BGB. habe regeln wollen, nicht mit Hilfe einer Konstruktion geregelt werden, bestände zu Unrecht.

War es dem Richter gestattet, eine von ihm erkannte Wandlung im Rechtsempfinden darin zur Geltung zu bringen, daß er entgegen dem offenbaren Willen des Gesetzgebers einen Tatbestand dem § 323 BGB. entzog und ihn dem § 615 einordnete[2]), so muß es dem Rechtsprechenden umgekehrt ebenso gestattet sein, unter Berücksichtigung neuer Verhältnisse und neuer Anschauungen diesen Tatbestand unter den § 616 BGB. zu fassen — wie oben schon dargelegt, mit Hilfe der in den §§ 133, 157, 242 BGB. niedergelegten Grundsätze, die vom Gesetzgeber ja geradezu dazu geschaffen wurden, Unzuträglichkeiten des formellen Rechtes zu beseitigen und es zu ermöglichen, daß veränderte Anschauungen der Auslegung zu Grunde gelegt werden[3]).

2. Für die Frage der Katastrophe.

§ 16. Bestimmung des Begriffes der Katastrophe.

Schließlich ist zu untersuchen, ob nicht der Fall der Katastrophe unter Umständen eine weitere Durchbrechung des Prinzips, wonach das Betriebsrisiko grundsätzlich beim Arbeitgeber liegt, darstellt.

Als Katastrophe in diesem Sinne wird die **nach Abschluß des Vertrages eingetretene Veränderung anzusehen sein,**

---

1) Zwar bekämpft Sinzheimer (Arbeitsrecht 1929, S. 297 ff. und Schriften der Vela, S. 34 ff.) m. E. mit Unrecht die meiner Lösung in mancher Hinsicht ähnelnden Auffassung des LAG. Elberfeld (Bensheimer LAG. 3, 127), daß dem Arbeitnehmer als ein **Teil** des **Gesamtarbeiters** die Einbringung der **Kollektivarbeit** möglich sein müsse.

2) Vgl. S. 12 ff. dieser Arbeit.

3) A. M. Harmsen (a. a. O., S. 88), der zwar den Begriff der Solidarität und seine Bedeutung anerkennt, seine Einreihung in das BGB. aber als einen dem BGB. fremden ablehnt. — In unserem Sinne Oertmann (Leipziger Zeitschrift, 1927, Sp. 1181), der **mit Recht** betont, daß der Gedanke der Solidarität **keinen Gegensatz zum BGB.** bilde, sondern im Sinne des Themas nur eine Ergänzung der in jedem Falle offengelassenen Frage, ob auf seiten des Arbeitgebers oder der Arbeitnehmerschaft das Leistungshindernis entstanden sei, während die **Frage nach** den **rechtlichen Folgen** nach wie vor **gemäß dem BGB.** zu beantworten sei.

die so einschneidend **ist, daß das** Festhalten **der einen Vertragspartei** am Vertrag **nach ethischen Gesichtspunkten gewertet,** verwerflich **ist und dem, was beim Vertragsschlusse** vernünftigerweise **beabsichtigt war, somit nicht mehr entspricht, so daß zu unterstellen ist, daß „beide Parteien bei Berücksichtigung der Verhältnisse, wie sie sich entwickelt haben, den** Vertrag nicht gewollt **haben würden, wenn sie** mit solch einer Entwicklung **gerechnet hätten“** [1]).

§ 17. Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus; §§ 157, 242 BGB. als formelle Handhabe.

Es leuchtet ein, daß der Gesetzgeber bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches den Eintritt solcher katastrophalen Umstände erwogen und in Berechnung gezogen hat. Es läßt sich jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Norm, die **expressiv verbis** den Fall der Katastrophe regelt, nicht finden. Es widerspräche eine spezielle Normierung ja auch dem Wesen des oben gebildeten Begriffes. Die Entscheidung der Frage, ob sich die Verhältnisse grundlegend, so wie oben geschildert, geändert haben, kann nur für den **Einzelfall** unter Berücksichtigung sämtlicher Gegebenheiten gefunden werden. Dem gesetzgeberischen Gedanken, der so alt wie das Recht selber ist, hat der Gesetzgeber den veränderten Verhältnissen und Anschauungen entsprechend die formelle Grundlage in den §§ 157, 242 BGB. gegeben. Unter dem Namen „clausula rebus sic stantibus“ ist er ein bevorzugtes Feld wissenschaftlicher Forschung geworden.

Stahl [2]), Oertmann [3]), Krückmann [4]), Enneccerus [5]) und andere haben für das private Recht zur Klärung des Begriffes wertvolle Beiträge geliefert.

In unruhigen Zeiten, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Beziehungen innerhalb des Gesetzes einschneidend gewandelt haben, wächst das Bedürfnis nach einer Revisionsklausel und trägt zur erhöhten Bedeutung dieses Rechtsgedankens bei. Die Nachkriegszeit liefert hierfür den anschaulichen Beweis.

---

1) RAG. 512/28; siehe auch KA. Blatt Lehrvertrag; Aufhebung: Einzelfälle 1.

2) clausula rebus sic stantibus 1909.

3) Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914, S. 201 ff.

4) Arch. f. ziv. Pr. 116, S. 157 ff.; LZ. 1920, S. 545, 592, 621.

5) a. a. O., I. 2, § 264 a.

Die häufige Anwendung der clausula rebus sic stantibus in jüngster Zeit hat Krückmann [1]) verleitet, ihren Inhalt durch kasuistische Aufzählung erschöpfend erfassen zu wollen. Nach dem oben Dargelegten muß dieser Versuch mißlingen, denn er ist in tatsächlicher Beziehung unmöglich und logisch falsch. Sinn und Bedeutung der §§ 157, 242 BGB. liegen ja gerade darin, nachträglich eintretenden, aber nicht oder fast nicht voraussehbaren Ereignissen [2]) Rechnung zu tragen.

Der Grundgedanke, der von jeher die Anwendung der clausula rebus sic stantibus im Rechtssystem ermöglichte, ist der der einschneidenden Veränderung der Verhältnisse **nach Abschluß** eines Vertrages. Hierdurch unterscheidet er sich wesentlich von der Irrtumslehre und den verschiedenen Theorien, die man unter den Begriff der Geschäftsgrundlage zusammfassen kann, und die davon ausgehen, daß die **bei Abschluß** des Vertrages bestehenden Verhältnisse unrichtig gewürdigt wurden. Im Rahmen der vor Schaffung des BGB. anerkannten Rechtstheorien hat die clausula rebus sic stantibus eine außerordentliche Stellung eingenommen. Diese ging durchweg von dem Grundsatze aus, daß jedem gegenseitigen Vertrage diese Klausel innewohne, somit **auch ohne ausdrückliche Vereinbarung** wegen erheblich veränderter Umstände eine Einrede oder der Rücktritt zuzulassen sei. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Stellung der Klausel stark erschüttert, eine Auswirkung, die der Bedeutung, die der Rechtspositivismus gewonnen hat, entsprach. Das Reichsgericht und die herrschende Lehre haben den Grundsatz der clausula rebus sic stantibus, wo er nicht in spezieller Norm (§§ 321, 610 und 712 BGB.) geregelt war, nicht anerkannt.

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, daß die durch den Krieg hervorgerufene wirtschaftliche Umgestaltung erneute Anerkennung der clausula rebus sic stantibus mit sich gebracht hat. Bildete in der ersten Nachkriegszeit die Gefahr des geschäftlichen Ruins die Rechtsgrundlage für die Befreiung der Vertragsparteien von den Vertragspflichten [3]), so ist heute in Anknüpfung an alte Gedankengänge, wie sie oben geschildert wurden, die ursprüngliche clausula-Lehre wieder anerkannt [4]).

Hiernach ist heute bei der Beurteilung der clausula rebus sic stantibus der entscheidende Wert wieder auf die umstürzende

---

1) JW 1921, S. 454.
2) Vgl. S. 58 dieser Arbeit.
3) Vgl. RG. 99, 259; 100, 136; 102, 273.
4) So RG. 103, 178, das ausdrücklich ein Rücktrittsrecht bei drohendem Ruin ablehnt, ferner RGRKomm. zu § 242 Anm. 5.

Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsschluß zu legen. Aus der Fülle der zu berücksichtigenden Umstände heraus schälen sich als leitende Gesichtspunkte heraus: die Gedanken **ethischer Bewertung, Haltung der Vertragsparteien** und die **Billigkeitserwägungen** wirtschaftlicher Art.

Immer ist die Frage zu stellen: hätten beide Parteien unter vernünftiger Abwägung der veränderten Verhältnisse und als nach sittlichen Gesichtspunkten handelnde Menschen auf Innehaltung des Vertrages bestanden, wenn sie die veränderten Umstände bei Vertragsschluß in Erwägung zogen. „Treu und Glauben" sind also in erster Linie als Bewertungsmaßstab für die Erforschung des Willens **des** Vertragsteiles zu wählen, der durch ein Bestehen auf der Gültigkeit des Vertrages trotz veränderter Umstände seinen Gegner schädigen würde. Stellt sich das Verhalten dieses Vertragsteiles als unbillig dar, so ist der Raum für die Anwendung der clausula rebus sic stantibus gegeben. Es kann demnach die Frage des wirtschaftlichen Ruins des Gegners, die, wie oben dargelegt ist, in der Nachkriegszeit verständlicherweise erhöhte Bedeutung für die Begriffsbestimmung der clausula rebus sic stantibus erlangt hat, nicht Kriterium für die Entscheidung sein. Immer muß zu dem wirtschaftlichen Schaden dieses Vertragsteiles ein unbilliges Verhalten der Gegenseite hinzukommen — wozu freilich bemerkt sei, daß ein Festhalten am Vertrage dann, wenn dadurch der wirtschaftliche Ruin herbeigeführt wird, sich in der Regel als eine Unbilligkeit, als ein Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen wird.

Unter Zugrundelegung dieser Gedankengänge wird die Katastrophe dann nicht unter die „clausula rebus sic stantibus" zu subsumieren sein, wenn den Arbeitgeber auch nur das geringste Verschulden träfe [1]).

Es widerspräche dies dem elementaren oben entwickelten Gedanken, daß die clausula rebus sic stantibus den **Grundsatz der Billigkeit** zur Geltung bringen soll. Die Ueberwälzung des

---

1) Wann ein solches Verschulden vorliegt, ist auch wieder auf den einzelnen Fall abzustellen. Im allgemeinen wird der Arbeitgeber alle die Vorsichts- und Sicherungsmaßregeln treffen müssen, die nach dem **neuesten Stand der Technik** möglich und in einem **gut geführten Betriebe** üblich sind. Darüber hinaus wird er in den meisten Fällen auch dafür sorgen müssen, daß das Risiko durch geeignete Maßnahmen wie z. B. durch Versicherungsverträge, Rücktrittsklauseln mit anderen Firmen usw. abgeschwächt wird. Hier ist freilich Vorsicht am Platze; denn es wird beispielsweise ein solches Verhalten vom Arbeitgeber nicht verlangt werden können, wenn ihm seine Vermögensverhältnisse nicht gestatten, diese Maßnahmen zu treffen.

Risikos auf den Arbeitnehmer beim Verschulden des Arbeitgebers wäre immer unbillig.

Nach meinem Dafürhalten ist das Kriterium der Katastrophe, die das Risiko grundsätzlich von den Schultern des Arbeitgebers nimmt, die Unvorhersehbarkeit. Sind Ereignisse eingetreten, die, wenn auch nur in beschränktem Maße, als **betriebstypisch** zu werten sind, so liegt eine „Katastrophe" nicht vor. Betriebstypisch ist hier in weitgehendstem Maße zu interpretieren. Nicht erforderlich ist eine Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Ereignisse, ebenso nicht eine Regelmäßigkeit. Es kommt darauf an, ob das eingetretene Ereignis, wenn man die Betriebsführung eines **gewissenhaften Betriebsleiters** [1]) im Auge hat, insoweit in Rechnung gezogen ist, daß irgendwelche Maßnahmen dagegen zu treffen sind: wenn z. B. auch nach dem neuesten Stand der Technik die Gefahr schlagender Wetter in den Gruben heute weitgehend eingeschränkt werden kann, so wird der gewissenhafte Betriebsleiter dennoch Mittel zu ihrer Abwehr bereitstellen. Als „Katastrophe" im Sinne unserer Arbeit wird somit ein solches Ereignis nicht zu werten sein, auch wenn es in Hunderten von Gruben jahrelang nicht mehr eintreten sollte.

Dagegen möchte ich die Ueberschwemmung, das Ersaufen der Schächte eines Bergwerkes durch Wassereinbruch — wie im Vienenburger Fall —, das Erdbeben normalerweise als „Katastrophe" bezeichnen.

Soweit nach den obigen Ausführungen **Ereignisse** in Frage kommen, die der Arbeitgeber in Rechnung ziehen muß, ist es gerechtfertigt, daß er für eingetretene Schäden aufkommen muß und zwar aus der Erwägung heraus, daß der Arbeitgeber hier die Möglichkeit hatte, diese bei der Kalkulation zu berücksichtigen [2]) [3]).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine generelle Regelung der verschiedenen Möglichkeiten nicht durchführbar ist.

§ 18. Abwälzung des Betriebsrisikos vom Arbeitgeber mit Hilfe des Gedankens der „clausula rebus sic stantibus".

Ist auf diese Weise Raum für die Anwendbarkeit der clausula rebus sic stantibus geschaffen, so sind die rechtlichen Folgerungen

1) In gleicher Weise RAG. vom 15. XII. 1928 und Bensheimer, RAG. 5. 38 ff. und 112 ff.

2) Bensheimer, RAG., 5, 38 und 111.

3) Hueck, a. a. O., Anm. hat hiergegen Bedenken erhoben.

hieraus unter Berücksichtigung des in den §§ 157, 242 BGB. gegebenen Gedanken zu ziehen. Hiernach ist die Folge der Anwendung der clausula rebus sic stantibus nicht etwa regelmäßig ein den Parteien zustehendes gesetzliches Rücktrittsrecht, sondern ein **Ausgleich im Sinne der Billigkeit.** Eine Lösung ist zu finden, wie sie nach Treu und Glauben billig erscheint. Hieraus ergibt sich, daß unter Umständen eine quotenmäßige Verteilung des Risikos erforderlich wird. In diesem Sinne führt Enneccerus [1]) aus: „Wenn die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts vorliegen, der Rücktritt aber für den Gegner einen positiven Schaden zur Folge haben würde, oder wenn für einen der Parteien ein unverhältnismäßig hoher Schaden eingetreten ist, so kann aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit unter Umständen ein Ausgleich, eine gerechte Verteilung des Schadens erforderlich sein, zumal wenn sonst die eine Partei auf Kosten der anderen einen wirtschaftlichen, nicht gerechtfertigten Gewinn machen würde“ [2]).

Wir kommen zum Schluß [3]), daß unter Umständen auch in Fällen der **Katastrophe das Risiko ganz oder teilweise vom Arbeitgeber abgewälzt werden kann.** Wir befinden uns damit im Einklang mit der modernen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung [4]). Wenn auch das Reichsarbeitsgericht die allgemeinen Grundsätze der §§ 157/242 BGB. mit zur Entscheidung heranzieht, so ist seiner Begründung, soweit sich diese auf die Gedankengänge der „Betriebsverbundenheit“ aufbaut, nicht zu folgen; denn m. E. ergibt sich die Lösung der speziellen Frage der Katastrophe — wie soeben dargelegt — schon unmittelbar aus den allgemeinen in den §§ 157, 242 BGB. verankerten Gedankengängen der „clausula rebus sic stantibus“.

---

1) a. a. O. I, 2, § 264 a II, 3.

2) Enneccerus verweist auf die Entscheidung des III. Senats des Reichsgerichts vom 21. IX. 1920 (Bd. 100, S. 130), die ausspricht, daß die Gegenleistung für gelieferten Wasserdampf wegen der seit Abschluß des Vertrages ganz unverhältnismäßig gestiegenen Kohlenpreises im Sinne der Teilung des eingetretenen Schadens erhöht werden müsse.

3) Vgl. Grub, KA., Betriebsrisiko.

4) RAG. Amtl. Slg., 2, 74; 4, 245; RAG. Bensheimer, S. 38; Joerges, a. a. O., S, 1930, Sp. 30 ff.

Literaturverzeichnis.

I.

dler, Annahmeverzug oder Betriebsgefahr in Arbeitsrecht 1922, S. 353 ff.
lbers, Zur Lehre vom Betriebsrisiko, Dissertation Frankfurt 1926.
endix, Das Betriebsrisiko in Arbeitsrecht 1929, S. 128 ff.
ewer, Das Recht auf Beschäftigung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1921, S. 29 ff.
öhlhoff, Lohnzahlung bei Arbeitshinderung durch Teilstreik, Dissertation Marburg 1927.
uchwald, Lohnanspruch bei Betriebsstockung, Arbeitsrecht 1922, S. 257.
ernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens 1903, 1906 und 1910
ersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Bd. I, 1926.
ndemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. I, 1903.
nneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1, 1926, Bd. I, 2, 1923.
latow, Das Betriebsrisiko, GKG, S. 256.
ranke, Das Recht auf Arbeit und das Recht auf Beschäftigung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1924, S 542 ff.
Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917.
— Die Wurzeln des Dienstvertrages, in der Festschrift für Heinrich Brunner, 1914, S. 37 ff.
rub, KA Betriebsrisiko.
armsen, Lohnzahlnng bei Arbeitsstockungen, 1925.
edemann, Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, 1923.
— Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem in „Die sozialen Probleme des Betriebes", 1925, S. 17.
— Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929.
erschel, Der Lohnanspruch des Arbeitswilligen im Falle des Teilstreikes Arbeitsrecht 1923, S. 673 ff.
oeninger, Das Betriebsrisiko im industriellen Arbeitsvertrag, JW 1923, S. 1703 ff.
oeninger-Wehrle, Jahrbuch des Arbeitsrechtes, Bd. 1927, 1928 und 1929.
ueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechtes, Bd. I, 1928.
oerges, Lohnzahlungspflicht bei nicht verschuldetem Unterbleiben der Arbeitsleistung, insbesondere bei Betriebsstörungen, Arbeitsrecht und Schlichtung, 1929, Sp. 268 ff, 293 ff und 1930, Sp. 30 ff.
Karger, Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seinen Arbeitern für die Tage, an denen die Arbeit wegen Mangel an Beleuchtung und Beheizung der Arbeitsräume nicht möglich war, Lohn zu zahlen? DJZ 1920, S. 710 ff.
askel, Das neue Deutsche Arbeitsrecht, 1922 und 1925.
— Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Betriebsstockungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1922, S. 1 ff.
oehler, Begrenzung der Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstörungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1922, S. 473 ff.
ohler, Der Gläubigerverzug, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 13, S. 149 ff und Jherings Jahrbücher 17, 262.
rückmann, clausula rebus sic stantibus, JW 1921, S. 453.
— clausula rebus sic stantibus, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 116, S. 157.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches Bd. I, 1902, Bd. II, 1908.

Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923.

Molitor, Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes 1925.

Neumann. Das Betriebsrisiko in Arbeitsrechtspraxis, 1928, S. 219 ff.

Nipperdey, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1925, S. 732.

Nôrpel, Neue Wege der Rechtsprechung, Arbeitsrecht 1926, S. 101.

Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 116, S. 1 ff.

— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band Schuldverhältnisse 1910 und 1923.

— Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923.

— Lohnanspruch der Arbeitswilligen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, S. 461 und „Das Recht" 1922, S. 5 ff.

— Betriebseinstellung infolge von Rohstoff- und Kohlenmangel, GKG, Bd. 23, S. 313.

— Lohnansprüche der Arbeitswilligen bei Betriebseinstellungen, GKG, Bd. 25, S. 5. ff.

— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Leipziger Zeitschrift, 1927. Sp. 1177 ff.

— KA Annahmeverzug 1925

— Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1928.

Potthoff, Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis, JW 1922, 551.

— Lohnanspruch Arbeitswilliger bei Teilstreik, Arbeitsrecht 1923, S. 673.

— Das Recht am Arbeitsergebnis, Arbeitsrecht. Bd. IX, S. 1 ff.

— Betriebsgemeinschaft als Rechtsfortschritt, in Afa-Bundeszeitung 1926, S. 13.

— Wesen und Ziel des Arbeitsrechtes 1923.

— Zur Tragung des Betriebsrisikos, Arbeitsrecht 1929, S. 164.

Reichsgerichtsrätekommentar, Bd. I, 1928.

Rümelin, Dienst- und Werkvertrag 1905.

Schmincke, KA Arbeitswillige.

— KA Stromsperre.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag 1905.

Silberschmidt, Das allgemeine Arbeitsrecht 1923.

Simson, Der Teilstreik und die Lohnansprüche der Arbeitswilligen, 1925

Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechtes 1921.

— Das Betriebsrisiko, JW 1923, 831 und 942.

— Absatzstockung und Arbeitsvertrag, Arbeitsrecht 1924, S. 473.

— Zur Frage des Betriebsrisikos nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, 1929 (Ein Gutachten für die Vereinigung der leitenden Angestellten e. V.) (Vela).

— Das LAG Elberfeld zur Frage des Lohnanspruches im Arbeitskampf (Betriebsrisiko, Arbeitsrecht 1929, S. 297 ff.)

Spiegel, Gesetz und Richteramt, 1885.

— Gesetz und Recht, 1913.

Stahl, clausula rebus sic stantibus, 1909.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897.

Stampe, Richtlinien für die clausula-Praxis, Jherings Jahrbücher 1922, S. 348 ff.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 1925; Bd. II, erster Teil 1925; Bd. II, zweiter Teil 1928; Bd. II, dritter Teil 1929.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht 1900.

— Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II, 1918, S. 545 und 751.

— Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, JW 1922, S. 548 ff.

— Richteramt und Vertragsinhalt, ein Bericht der Juristischen Gesellschaft zu Frankfurt über den Vortrag Titzes.

Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag in Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechtes, Bd. 59, S. 434.

Westphal, Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entlohnung des seine Dienste anbietenden Arbeitnehmers, auch wenn seine Arbeit unausführbar ist.

II.

Afa-Bundeszeitung, Gewerkschaftliche Monatsschrift.
Der Arbeitgeber, Zeitschrift.
Arbeitsrecht (AR), Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten (Potthoff).
Arbeitsrechtspraxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung.
Arbeitsrecht und Schlichtung, Das Schlichtungswesen.
Deutsche Juristenzeitung, (DJZ).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes (RAG Amtl. Slg.; RAG Bensheimer).
Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (GKG).
Jahrbuch des Arbeitsrechts, von Hoeninger.
Juristische Wochenschrift (JW).
Kartenauskunftei, Stuttgart (KA).
Leipziger Zeitschrift (LZ).
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZfArbR).

III.

Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift; 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, herausgegeben vom Reichsarbeitsministerium.
Geschäftsbericht 1922, der Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Amtliche Ausgabe.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs für das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 1897, Bd. II, 1898.
Sammlung von Entscheidungen über die Frage: Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug, herausgegeben von der Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1. bis 3. Folge Berlin.

Lebenslauf.

Am 21. Mai 1906 bin ich, Rolf Prym, als Sohn des Fabrikbesitzers Hans Prym und seiner Ehefrau Olly, geborene Gütschow, zu Stolberg (Rhld.) geboren. Ich bin evangelischer Religion.

Vom Jahre 1912 bis 1914 besuchte ich die Volksschule in Wien, im Jahre 1915 die Vorschule am humanistischen Gymnasium in Stolberg (Rhld), 1916 und 1917 die beiden unteren Klassen desselben, seit 1918 das Staatliche Gymnasium mit Realgymnasium zu Mülheim-Ruhr, woselbst ich Ostern 1925 das Zeugnis der Reife erlangte.

Alsdann widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg vom Sommer-Semester 1925 bis Sommer-Semester 1926 einschließlich, Genf im Winter-Semester 1926/27, Bonn vom Sommer-Semester 1927 bis Sommer-Semester 1929 einschließlich. Ich legte am 6. März 1930 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Köln ab. Im Sommer-Semester 1930 nahm ich als Gasthörer an den Vorlesungen der Universität Erlangen teil.